

Sumário

PREFÁCIO

Fábio Costa Morosini, Cesar Viterbo Matos Santolim, Nicole Rinaldi de Barcellos 1-4

AUTORES CONVIDADOS

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: seizing the opportunity
Steven R. Ratner 5-20

CORRUPTION, POPULISM AND THE CRISIS OF THE RULE OF LAW IN BRAZIL
Alberto do Amaral Junior 21-43

VINHETAS DE ISTAMBUL: observando o funcionamento cotidiano do Direito Internacional
Luis Eslava 44-106

ARTIGOS

UNIVERSAL, TOLERANTE E INCLUSIVO: uma nova racionalidade para o Direito Internacional Privado na era dos direitos humanos
André de Carvalho Ramos 107-137

O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA
Aline França Campos 138-160

A GOVERNANÇA JUDICIAL DA SAÚDE DO IDOSO NO BRASIL: limites e aporias
Cesar Luiz Pasold, Roberta Terezinha Bodnar 161-183

A INTERFACE ENTRE A AGRICULTURA FAMILIAR E A SEARA JURÍDICA: como a vulnerabilidade social e econômica do agricultor se reflete nos processos judiciais
Marlene Pereira 184-203

JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: Contribuição ao refinamento das garantias processuais de proteção às mulheres
Thiago Pierobom de Ávila 204-231

A TUTELA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E SUA RESTRIÇÃO NO BRASIL: análise comparada com os modelos francês e norteamericano
Rafael Fecury Nogueira, Carla Noura Texeira 232-262



PERSPECTIVAS FUTURAS DA MULTA PENAL DIANTE DA LEI ANTICRIME E REMINISCÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO PASSADA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 3.150/STF Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira	263-281
O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS PROGNOSES DO LEGISLADOR José Adércio Leite Sampaio	282-304
<i>EL IMPUESTO SOBRE PRODUCTOS INDUSTRIALIZADOS DE BRASIL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA IMPOSICIÓN DE FRITZ NEUMARK</i> Andre Felipe Canuto Coelho	305-328



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 (PPGDir./UFRGS) tem a satisfação de apresentar à comunidade acadêmica a publicação do volume XV, número 2. Com a esperança de contribuir para o desenvolvimento científico na área e com o olhar voltado à pluralidade, este número percorre diferentes campos da ciência jurídica, além de contemplar pesquisadores e pesquisadoras de diferentes regiões do Brasil e autores estrangeiros. Renovamos o nosso compromisso, como periódico vinculado a instituição pública de ensino superior, na disponibilização, de forma livre e gratuita, de estudos com relevância acadêmica e rigor científico.

Nesta edição, preparamos uma seção especial com pesquisadores convidados de singular distinção, que abordam temas voltados à compreensão contemporânea do direito, percorrendo temas de direito nacional e internacional.

O convidado Steven R. Ratner, professor em direito na Faculdade de Direito da *University of Michigan*, em Ann Arbor, nos Estados Unidos da América, apresenta estudo na língua inglesa que resultou da palestra magna por ele proferida na ocasião da inauguração do Centro de Direitos Humanos e Empresas, da Faculdade de Direito da UFRGS e da Escola de Direito da Unisinos, que ocorreu no âmbito do “I Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas: hermenêutica para um mundo transnacional”, organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, por meio virtual, nos dias 24 a 26 de agosto de 2020. No artigo, o autor apresenta um interessante panorama dos desenvolvimentos no campo dos direitos humanos e empresas (“BHR”) na última década, que o tornam uma das áreas mais importantes do direito internacional público, economia internacional e justiça global a serem estudadas hoje.

O convidado Alberto do Amaral Junior, professor de Direito Internacional da Universidade de São Paulo (USP), no Brasil, contribui com um estudo sobre o sistema político, abordando os temas de corrupção, populismo e a crise do “rule of law” no Brasil. A tese principal do artigo é que níveis extremamente elevados de corrupção são prejudiciais à democracia e ao Estado de direito.



O convidado Luis Eslava, professor de Direito da Universidade de Kent, em Canterbury, no Reino Unido, explora o Direito Internacional além dos eventos e locais excepcionais frequentemente associados a ele, através de uma série de vinhetas fotográficas da vida cotidiana em Istambul. No artigo, o autor argumenta que o direito internacional possui um papel expansivo na constituição do nosso mundo.

Apresentamos também nesta edição nove estudos de autoria de pesquisadores provenientes de universidades localizadas em diversas regiões do Brasil, e que abordam diversas áreas do conhecimento jurídico, de maneira multidisciplinar. Os artigos foram selecionados com base na revisão cega por pares de nossos avaliadores, a partir das submissões aos Cadernos.

No âmbito do direito internacional privado, o professor André de Carvalho Ramos, da Universidade de São Paulo, no Brasil, apresenta estudo que expõe uma nova racionalidade na aplicação dos direitos humanos de modo integral no direito internacional privado, mantendo a especificidade da disciplina.

A professora Aline França Campos, doutora e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), em Belo Horizonte, no Brasil, apresenta artigo sobre o comportamento oportunista e a função social da empresa. Na pesquisa, a autora defende que a empresa, no exercício de sua função social, é instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana.

Na seara do direito processual, os autores Cesar Luiz Pasold, doutor em direito pela Universidade de São Paulo, no Brasil, e Roberta Terezinha Bondar, doutoranda em ciência jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), no Brasil, abordam em seu artigo os limites e as aporias da intervenção do poder judiciário, quando atua como ator para a governança, na tutela da saúde do idoso no Brasil.

Nesse mesmo campo, em estudo multidisciplinar, a professora Marlene Pereira, do Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, em Juiz de Fora, no Brasil, discorre sobre o tema da interface entre a agricultura familiar e a seara jurídica, investigando como a vulnerabilidade social e econômica do agricultor se reflete nos processos judiciais.

No âmbito do direito processual penal, o professor Thiago Pierobom de Ávila, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, no Brasil, aborda o tema da justiça restaurativa e violência doméstica. O artigo propõe garantias mínimas de proteção às mulheres para eventuais experiências piloto de resolução consensual de conflitos cíveis incidentais à persecução penal.



Ainda no âmbito do direito penal, Rafael Fecury Nogueira e Carla Noura Texeira, da Universidade da Amazônia, em Belém, no Brasil, realizam uma revisão da temática da tutela do sigilo das comunicações e sua restrição no Brasil, em uma análise comparada com os modelos francês e norteamericano.

O professor Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira, doutor em direito penal e política criminal pela Universidade de Granada, na Espanha, apresenta estudo sobre as perspectivas futuras da multa penal diante da Lei Anticrime e reminiscências de sua aplicação passada por ocasião do julgamento da ADI 3.150/STF.

O professor José Adércio Leite Sampaio, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), doutor e mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), aborda o tema do controle judicial dos fatos legislativos, em artigo sobre o Supremo Tribunal Federal e as prognoses do legislador.

Finalmente, no campo do direito tributário, Andre Felipe Canuto Coelho, doutor em ciência política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPB), em Recife, no Brasil, contribui à publicação com um estudo em espanhol sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados do Brasil à luz dos princípios da imposição de Fritz Neumark.

Agradecendo aos pesquisadores, avaliadores e leitores, temos o prazer de publicar mais este número do periódico *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Gostaríamos de agradecer especialmente ao acadêmico Diego Flávio Fontoura José, estagiário destes Cadernos, pelo incansável trabalho na editoração deste número.

Desejamos a todos e todas uma boa leitura!

Porto Alegre, 30 de dezembro de 2020

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini
Editor-chefe

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

Doutoranda Nicole Rinaldi de Barcellos
Editora-colaboradora



BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: SEIZING THE OPPORTUNITY

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: APROVEITANDO A OPORTUNIDADE

Steven R. Ratner*

RESUMO: Este artigo resultou da palestra magna proferida pelo Professor Steven Ratner na ocasião da inauguração do Centro de Direitos Humanos e Empresas, da Faculdade de Direito da UFRGS e da Escola de Direito da Unisinos, que ocorreu no âmbito do “I Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas: hermenêutica para um mundo transnacional”, organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, por meio virtual, nos dias 24 a 26 de agosto de 2020. O autor oferece uma visão geral dos desenvolvimentos em direitos humanos e empresas (“BHR”) na última década, isto é, uma noção das reações a eles de diferentes partes interessadas e um roteiro de o que está por vir para um maior desenvolvimento do campo.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas. Direitos humanos. Princípios em Direitos Humanos e Empresas. Direito internacional público. Justiça Global.

SUMÁRIO: I. II. III. IV. V. References.

ABSTRACT: This article comes from the keynote speech given by Professor Steven Ratner on the occasion of the inauguration of the Center for Human and Business Rights, in the Faculty of Law of UFRGS and the Unisinos Law School, which took place within the scope of the “I International Seminar on Business and Human Rights: hermeneutics for a transnational world”, organized by UFRGS Postgraduate Program in Law, in partnership with Unisinos Postgraduate Program in Law, through virtual means, from August 24 to 26, 2020. The author offers an overview of the developments in business and human rights (“BHR”) in the last decade, a sense of the reactions to them from different stakeholders, and a roadmap of what lies ahead for further development of the field.

KEYWORDS: Business. Human rights. Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs). Public international law. Global justice.

It’s a great pleasure to be here to open your conference on business and human rights and to help inaugurate your new center here in Porto Alegre. I would like to start by congratulating Professors Lima Marques, Morosini, Frizzo Bragato, and Saldanha on this event and the establishment of a new center, Brazil’s first academic center devoted to the study of business and human rights (“BHR”). The decision to devote your time and resources to this center is a tribute to their hard work and will give a greater voice to stakeholders in Brazil in the global debates on BHR.

The timing of this initiative is at the core of my remarks today, because the last decade has witnessed a confluence of developments in BHR that make it among the most consequential areas of public international law, international economics, and global justice to be studying

* Bruno Simma Collegiate Professor em Direito na Faculdade de Direito da University of Michigan, e Diretor do Donia Human Rights Center, na University of Michigan, em Ann Arbor, nos Estados Unidos da América. Doutor em Direito (JD) por Yale, nos Estados Unidos da América, e Mestre em Direito (MD/Diplôme) pelo Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, em Genebra, na Suíça.

today. I would like to offer an overview of those developments, a sense of the reactions to them from different stakeholders, and a roadmap of what lies ahead for further development of the field. My hope is that some of these ideas may prove of interest to those watching these remarks that they will prove a basis for future work here in Porto Alegre.

I.

For the many stakeholders concerned about the impact of business activity on human rights, the last decade has been a whirlwind of norm-making. The flurry began in 2011 with the issuance by the UN Special Rapporteur on Business and Human Rights, John Ruggie, of his long-awaited Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs).¹ The UNGPs were the product of several years of consultations with business leaders, NGOs, governments, and various experts; and they offered an accessible, yet nuanced and flexible, approach to BHR based on three pillars that Ruggie had developed and that are familiar to many of you.

-- Pillar I reaffirmed states' duties under human rights law to protect individuals against violations by private actors, including business entities – a notion well accepted in international human rights law that owes its origin to the Inter-American Court's *Velásquez Rodríguez* judgment of 1988.² The Court has reasserted this duty under the American Convention in *Ximenes-Lopez v. Brazil* by recognizing the state's obligation to supervise private health institutions,³ and just this year ruled in *Lhaka Honhat v. Argentina* that the state was responsible for failing to prevent logging, grazing, and fencing by private actors that led to the violation of the economic and social rights of indigenous peoples.⁴

-- Pillar II asserts a “responsibility” of all business enterprises to respect human rights, in the sense of not violating them. This responsibility applies regardless of a business's size or sector – from Facebook to a logging company in Brazil; from H&M clothing to a sports team building a new stadium. While not a legal duty, it is a standard of conduct now well accepted.

¹ UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. UN Doc. HR/PUB/11/04, 2011.

² INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Velásquez Rodríguez Case*. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4. July 29, 1988.

³ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ximenez-Lopez v. Brazil*. Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 149. July 4, 2006.

⁴ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Indigenous Communities of Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina*, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 400. Feb. 6, 2020.

The UNGPs also spell out resultant duties of conduct and result. Business is required to engage in due diligence to identify activities of its own or its business partners – suppliers, contractors, even customers – that could violate human rights; and they are required to end any of their own conduct that does so as well as undertake efforts to eliminate such conduct by their business partners, including through the use of their leverage.

-- Pillar III promotes the centrality of a remedy for all business-related violations of human rights, emphasizing the primacy of formal judicial remedies but also noting the importance of non-judicial remedies like official ombudspersons, OECD National Contact Points, and even internal corporate remedies.

The UNGPs received the endorsement of the Human Rights Council that same year.⁵ Beyond this green light by governments, they also received wide praise from business leaders and many NGOs, even as other civil society groups criticized them as too weak.

II.

7

While the UNGPs may not be the Rio Mantaro for modern BHR, they are certainly its Manaus. In less than a decade, they have resulted in a wave of law-making and standard-setting at the national, international, and corporate level. Acting under Pillar I, a number of states that host multinational companies have increased their regulation of their companies operating abroad. Thus, laws in Australia, France, the UK, and elsewhere require companies to carry out due diligence as a way of determining their exposure to and involvement with human rights violations – transforming the responsibility under Pillar II into a domestic law duty.⁶ States have also proposed or inserted clauses into bilateral or other international investment agreements reasserting duties of companies to follow domestic law on the environment, corruption, labor, and other areas, as well as international standards.⁷ Unfortunately, Latin

⁵ HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Res. 17/4*. July 6, 2011.

⁶ See, e.g., Modern Slavery Act 2018 (Cth) (Austl.); Loi 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre [Law of 2017-399 of March 27, 2017 on the duty of vigilance for parent companies and ordering companies], *Journal Officiel De La République Française* [J.O.], Mar. 27, 2017; Modern Slavery Act 2015, ch. 30 (2015) (U.K.).

⁷ See, e.g., Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, arts. 11-12. Available at: <https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf>. Access: 21 dec. 2020.

America has not been a major player in these efforts. Only Colombia and Chile have issued National Action Plans on BHR,⁸ with Argentina and several other states beginning such efforts.⁹

At the international level, the OECD has issued various guidelines for companies, in particular in the extractive industries, on how to implement their responsibilities under Pillar II.¹⁰ Looking beyond the state, we have also seen a plethora of multi-stakeholder initiatives by states, companies, and NGOs to set forth standards in certain industries. These include the Extractive Industries Transparency Initiative, the Bangladesh Accord, and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers.¹¹ And some initiatives have been undertaken by corporations alone or acting through business groups. Among the most interesting are sporting organizations like the International Olympic Committee (IOC) and Fédération Internationale de Football Association (FIFA), which face accusations of abusive labor practices against both players and those constructing the facilities for mega-sporting events such as the Olympics and the World Cup.¹²

But let us not forget Pillar III. As for a judicial remedy, while victims of business-related conduct have still had little success in the domestic courts of many developing states, they have had a small number of significant victories in the home states of multinationals. While Esther Kiobel's lawsuit against Shell may have failed in the United States after the Supreme Court rejected extraterritorial application of the Alien Tort Statute,¹³ it is proceeding in the Netherlands under Dutch law.¹⁴ The UK Supreme Court upheld jurisdiction to hear a case by Zambian citizens harmed by copper mine discharges against Vedanta Resources;¹⁵ and the Canadian Supreme Court has done the same regarding a case by Eritreans against Nevsun

8

⁸ *Chile and Colombia, National Action Plans on Business and Human Rights*. Available at: <<https://globalnaps.org/country/chile/>> and <<https://globalnaps.org/country/colombia/>>. Access: 28 dez. 2020.

⁹ *Countries, National Action Plans on Business and Human Rights*. Available at: <<https://globalnaps.org/country/>>. Access: 21 dec. 2020.

¹⁰ *See, e.g., OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, 2010*. Available at: <<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf>>. Access: 21 dec. 2020.

¹¹ *Who We Are, EXTRACTIVE INDUSTRIES TRANSPARENCY INITIATIVE*, Available at: <<https://eiti.org/who-we-are>>. Access: 21 dec. 2020; *About, ACCORD ON FIRE AND BUILDING SAFETY IN BANGLADESH*. Available at: <<https://bangladeshaccord.org/about>>. Access: 21 dec. 2020; *About Us, INT'L CODE OF CONDUCT ASSOCIATION*, Available at: <<https://icoca.ch/about/>>. Access: 21 dec. 2020.

¹² INTERNATIONAL OLYMPIC COMMITTEE. *Host City Contract: Principles – Games of the XXXIII Olympiad in 2024, 2017*; FIFA HUMAN RIGHTS ADVISORY BOARD. *Fourth Report by the FIFA Human Rights Advisory Board*. Jan. 2020.

¹³ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

¹⁴ *Kiobel v. Royal Dutch Shell*, C-09-540972-HA ZA 17-1048, Hague District Court, May 1, 2019, English translation at <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2019:6670>.

¹⁵ *Vedanta Resources PLC v. Lungowe* [2019] UKSC 20.

Mining concerning forced labor.¹⁶ On the arbitration front, the Bangladesh Accord, set up in the wake of the Rana Plaza factory catastrophe, led to an arbitration between a Bangladeshi union and a European apparel purchaser that was ultimately settled;¹⁷ and new rules have been formulated specifically for BHR disputes.¹⁸

But what is different today about BHR is not limited to laws, policies, or even court cases. Rather, the process of international discourse has fundamentally changed. Businesses, governments, and human rights NGOs are speaking to each other – and sometimes past each other – but using an argumentative strategy grounded in the UNGPs. The Human Rights Council has become the institutional focal point for these interactions, including through the Working Group on Human Rights and Transnational Corporations and an enormous annual forum in Geneva. Websites like the Business and Human Rights Resource Center post updates on developments from around the world.¹⁹ Consulting groups like SHIFT, and now many law firms, give advice to companies on how to rethink their work in order to demonstrate that they are doing what Pillar II expects.²⁰ Shareholders are investing as never before in ESG funds, one of whose criteria is a company's human rights policy.²¹

Indeed, the penumbra of the UNGPs challenges doctrinal categories within international law. They cannot be neatly fit in some traditional box called international human law but show how many fields of international law are linked – not fragmented.

-- For practitioners and scholars of international investment law, the current efforts to change bilateral investment treaties in order to preserve a state's policy space have a new momentum and normative grounding in Pillar I. Indeed, the foundations of international investment law as oriented solely to investor protection are now being questioned. In the recent *Urbaser* case concerning a Spanish water utility in Argentina, an investor-state arbitral tribunal

¹⁶ *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 S.C.C. 5 (Feb. 28, 2020).

¹⁷ *IndustriALL Global Union v. [Redacted]*, Termination Order, PCA Case No. 2016-36 (Per. Ct. Arb. July 17, 2018); Press Release, Permanent Court of Arbitration, Bangladesh Accord Arbitrations (July 17, 2018). Available at: <<https://docs.pca-cpa.org/2018/07/20180717-Press-Release-No.-2-ENG.pdf>>. Access: 21 dec. 2020; ROSS, Alison. Second Dispute Under Bangladesh Accord Settles. *Global Arbitration. Review*, Jan. 23, 2018. Available at: <<https://globalarbitrationreview.com/second-dispute-under-bangladesh-accord-settles>>. Access: 21 dec. 2020.

¹⁸ *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Available at: <<https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>>. Access: 21 dec. 2020.

¹⁹ *Latest News*, BUS. & HUM. RTS. RES. CTR. Available at: <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news>>. Access: 21 dec. 2020.

²⁰ See, e.g., SHIFT. Available at: <www.shift.org>. Access: 21 dec. 2020.

²¹ Pippa Stevens, *ESG Index Funds Hit \$250 Billion as Pandemic Accelerates Impact Investing Boom*, CNBC (Sept. 2, 2020). Available at: <<https://www.cnbc.com/2020/09/02/esg-index-funds-hit-250-billion-as-us-investor-role-in-boom-grows.html>>. Access: 21 dec. 2020.

invoked the UNGPs to find a duty on foreign investors not to violate human rights.²² In the *Bear Creek Mining* arbitration brought against Peru by a Canadian company, one arbitrator found the mining company significantly at fault for its failed investment due to its refusal to consult with indigenous peoples as required under a convention of the International Labour Organization.²³ And investor-state tribunals have refused to hear cases where the investor claimant committed serious misconduct, such a bribery or other serious violations of local law.²⁴ So corporate duties are now a key part of international investment law.

-- For students of international environmental law, debates over climate change now invoke the UNGPs as setting a standard for business.²⁵ Just as business is seen as having a responsibility to protect human rights, it is also seen as having one not to harm the environment.

A few decades ago, the constructivist strand of international relations theory developed the idea of a norm cascade, where one big idea spreads and grows across multiple norm-setting sites globally.²⁶ Certainly, the last decade surely represents such a cascade when it comes to BHR. And if ever a U.N. document had made that mystical journey from policy to soft law, it is the UNGPs.

10

III.

So much for the glass being half full. For many stakeholders, the UNGPs have proved not enough, in at least four key senses.

First, as a non-binding instrument, the UNGPs place no new obligations on states or corporations under international law or domestic law. While some states have turned Pillar II

²² Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/06, Award. Dec. 8, 2016. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/1144>>. Access: 21 dec. 2020.

²³ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands. Nov. 30, 2017. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/2848>>. Access: 21 dec. 2020.

²⁴ *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award. Oct. 4, 2006. Available at: <<https://www.italaw.com/cases/documents/3281>>. Access: 21 dec. 2020.

²⁵ *See, e.g.*, Framework Principles on Human Rights and the Environment, in Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, Jan. 24, 2018, UN Doc. A/HRC/37/59, paras. 22, 35.

²⁶ FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. International Norm Dynamics and Political Change. *International Organization*, Cambridge/MA, v. 52, n. 4, p. 887-917, 1998.

responsibilities into legal duties or provide meaningful remedies through state-based judicial and non-judicial means, most have not.

Second, although the basic duty to protect in Pillar I is now accepted by most states as flowing from international human rights law, the precise contours of that duty are still subject to disagreement. The UNGPs lay out possibilities for domestic regulation, but they do not make clear which regulations are required for a state to meet its duty to protect. Most notably, the UNGPs do not take a position on a key legal issue: Whether a home state of a company must regulate its activities beyond the state's borders, a position on which academic and NGOs continue to disagree. So, while some states regulate corporate behavior abroad, and even open their courts to lawsuits for conduct abroad, the UNGPs do not set a single standard.

Third, because, as I noted, Pillar II applies to all companies regardless of size or industry, it was drafted to give companies flexibility on how to carry out due diligence, and also on how to mitigate violations by suppliers, distributors, and others with whom they have business relationships. Critics point out, while companies are supposed to use their leverage with business partners, the UNGPs do not provide clear guidance on when a company should cut off ties with those partners and just provides them with an excuse to delay hard decisions.²⁷ Indeed, a friend who provides advice to companies said that the UNGPs were fairly useless in telling companies exactly what to do with a business partner that is violating human rights.

Fourth, the UNGPs lack any institutional mechanism to evaluate states' or companies' performance. While one organization, SHIFT, has published useful studies on company due diligence policies, the Human Rights Council does not have any review mechanism.

These shortcomings are real, but they are also not surprising. Ruggie quite deliberately sought to gain significant multi-stakeholder support for the UNGPs after the rejection by capital-exporting states and many companies of the U.N.'s prior attempt at standard-setting, the 2003 Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations.²⁸ As a result, they exhibit all three dimensions of soft law – (1) they are not legally binding, (2) their provisions are imprecise on key issues, and (3) they do not delegate enforcement to a true control

²⁷ RIGHTS AND ACCOUNTABILITY IN DEVELOPMENT. *Principles Without Justice: The Corporate Takeover of Human Rights*. Mar. 2016.

²⁸ RUGGIE, John Gerard. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 2013, ch. 3.

mechanism.²⁹ They are not a thick and hard regime, and critics rightfully ask whether, without more, we can expect states or companies to protect those vulnerable to corporate abuses.

Layered on these criticisms is a more fundamental concern, pronounced by some governments, civil society groups, unions, and academics, that corporations simply cannot be trusted to improve their human rights practices, and that global capitalism is too strong a force to prevent a race to the bottom. The failures of the Kimberley Process regarding conflict diamonds, the limited effectiveness of the Extractive Industries Transparency Initiative when it comes to corruption, the continued abusive labor practices despite FIFA and IOC Codes, and the failure of social media companies to prevent their platforms from being used by governments to target political opponents are merely the tip of the iceberg to those skeptical about any possibilities for serious due diligence and remediation by corporations.³⁰ For every company that even claims to be taking the UNGPs seriously, countless seem unaware or uninterested in it.

IV.

In response to all of these criticisms, in 2014, a group of developing states long skeptical of transnational business enterprises prevailed upon the Human Rights Council in Geneva to create an Open-Ended Intergovernmental Working Group. It has a mandate to “elaborate an international legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises.”³¹ But the resolution creating the Working Group passed by a slim plurality and was opposed by the European Union and the United States.³² Under the chairpersonship of Ecuador, the Working Group produced its first draft for discussion in 2018, a significantly revised second draft in July 2019, and

²⁹ REISMAN, W. Michael. The Concept and Functions of Soft Law in International Politics. In: BELLO, Emmanuel G; AJIBOLA, Bola A. (Eds.). *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*. V. 1. Leiden: Brill, 1992, p. 135 e ss; ABBOTT, Kenneth W; SNIDAL, Snidal. *Hard and Soft Law in International Governance*. *International Organization*, Cambridge, v. 54, n. 3, p. 421 – 456, 2000.

³⁰ See, e.g., *Why We are Leaving the Kimberley Process – A Message from Global Witness Founding Director Chairman Gooch*, GLOB. WITNESS (Dec. 3, 2011). Available at: <<https://www.globalwitness.org/en/archive/why-we-are-leaving-kimberley-process-message-global-witness-founding-director-charmian-gooch/>>. Access: 21 dec. 2020; *Extracting Oil, Burying Data*, ECONOMIST. Feb 25, 2012, <https://www.economist.com/international/2012/02/25/extracting-oil-burying-data>. Available at: <<https://www.globalwitness.org/en/archive/why-we-are-leaving-kimberley-process-message-global-witness-founding-director-charmian-gooch/>>. Access: 21 dec. 2020

³¹ HUMAN RIGHTS COUNCIL. Res. 26/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9. July 14, 2014.

³² HUMAN RIGHTS COUNCIL. Res. 26/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9. July 14, 2014.



another in August 2020. The draft treaty does four things: (1) it elaborates on the rights of victims of business-related human rights violations; (2) it obligates states to regulate companies operating on their territory for compliance with human rights law; (3) it requires states to provide civil and criminal liability for natural and legal persons carrying out business activities; and (4) it sets up a standing treaty body, akin to those in other human rights treaties, to monitor and improve compliance.³³

As might be expected, leading business organizations, and many of the states from which they hail, continue to oppose the treaty process. The essence of their complaint is that the process and the resultant drafts undercut the compromise among stakeholders that they argue is reflected in the UNGPs, ultimately stifling transnational business and economic development.³⁴

V.

So that takes us to the present day, with its three core features: a foundational soft law document with a framework that has garnered widespread support precisely due to its open-textured nature; a patchwork of governmental, corporate, NGO, and other approaches to implementing that framework, from legally binding at one end to corporate window-dressing and public relations on the other; and a pushback from states and other stakeholders convinced that we can do better, and that corporations and states should do more.

And those three features are at the core of why I call this an opportunity to seize. But by seize, it is important to distinguish between cynical approaches and committed ones. Corporations interested only in the short-term bottom line have already begun the cheap talk that they think is all that is needed – slick websites of their corporate policies, but no real changes on labor rights, interaction with local communities, protection of whistle-blowers, and creation of remedies.

³³ U.N. OPEN-ENDED INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP CHAIRMANSHIP. Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Second Revised Draft. June 8, 2020. Available at: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf>. Access: 21 dec. 2020.

³⁴ See, e.g., Joint business response to the revised Draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises. *Revised Draft Treaty*, Oct. 2019. Disponível em: <<https://www.ioe-emp.org>>. Acesso em: 21 dec. 2020.

I would like instead to talk about the opportunities for those who see the project of BHR as a serious one, as one with important ethical and justice-oriented dimensions. Indeed, lawyers, in whatever role they play, need to recognize, and, if necessary, challenge their own ethical assumptions or commitments as they interpret existing law and propose new law. For me, the BHR agenda is a small but meaningful step toward a more just world, insofar as those most vulnerable to harm from corporate conduct receive the protection that they are due. It demands changes to laws that privilege business over human rights. Of course, it is not a replacement for structural changes to the international economic order under the rubric of international distributive justice.

Engaging with BHR from any professional vantagepoint involves moral judgments and decisions. One such judgment is about the meaning of collusion – how close does a corporation have to get to a human rights violation in order to trigger duties on it do distance itself from it? Another equally important judgment is about the right division of responsibilities for the protection of human rights among governments, corporations, individuals, and other actors.³⁵ Corporations should not replace governments as duty-holders, any more than individuals should. But the reality of their negative human rights impacts and the inabilities of some governments to protect their populations means they should have some responsibilities and duties. How much is the question that all those working on this issue will need to grapple with. Those convinced that corporations are primarily a force for good, on the one hand or a source of harm, on the other, will probably have pretty simplistic views on these two questions. Those, like me, who see corporations as enormously diverse in their capacities, intentions, and impacts will struggle with the harder questions of what is both reasonable and fair to expect of them. Can the answer for a tech company making software purchased by governments to spy on people be the same as for a logging company in the Amazon? At a certain level of generality, yes, but beyond that there is no single answer.

While I am not an expert on Brazil's challenges, my sense from reading several accounts – including that of the U.N. Working Group on Business and Human Rights that visited Brazil in 2015 –³⁶ is that they are significant, and not simply because of the current government. I

³⁵ RATNER, Steven. International Law and Political Philosophy: Uncovering New Linkages. *Philosophy Compass*, Wiley Online Library, Dec. 18, 2018, p. 1.

³⁶ Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises on its Mission to Brazil, U.N. Doc. A/HRC/32/45/Add.1. May 12, 2016.



cannot compete with the 32 recommendations that the Working Group gave after its visit, so I will instead offer some ideas and opportunities, no more than that, for different actors who can contribute to better corporate behavior in the area of human rights. I also hope these ideas might form the basis for projects of research, education, teaching, and advocacy by your new center.

-- (1) For lawyers in the corporate world: Whatever sector your client works in, and despite perhaps ignorance or even suspicions of some of your clients, it is important for you to know the new legal landscape and learn about the UNGPs; explain to the executives the benefits from compliance with them; and devise policies to integrate them into companies' decision-making processes and make the companies' practices transparent to the public. This process should extend to encouraging your company to join or form multi-stakeholder initiatives.

-- (2) For those working in human rights NGOs: It is important for you to deploy and invoke this new legal architecture in response to corporate misconduct and governmental refusals to prevent or respond to it. If you find allies in government or business who want companies to do better, I hope you will engage them. Relations with companies need not be adversarial. For example, community-based mediation, has also been shown to build bridges between business and communities.³⁷ If the state has been captured by business so as to prevent meaningful regulation, then naming and shaming will be one component of a long-term strategy. More litigation at the Inter-American Court might spur states to take their duties more seriously.

-- (3) For policymakers: For Brazil, it seems imperative to begin serious work on a National Action Plan on BHR. This will require policymakers to think about whether the current legal structure provides adequate regulation of business for their human rights impacts and remedies for violations. The regulatory framework includes Brazil's policies on export financing and insurance for firms operating abroad as well as the content of any obligations to foreign investors in Mercosur or elsewhere. This will require looking at best practices from other states, seeking advice from experts.

-- (4) For the academy: Future work in BHR will involve a collaboration across multiple disciplines – law, economics, business, political science, ethics, and others. It should not be

³⁷ GANSON, Brian; WENNMANN, Achim. *Business and Conflict in Fragile States: The Case for Pragmatic Solutions*. Abingdon, UK: Routledge, 2015, p.165-200.

confined to those teaching or doing research in international human rights. I would identify the following areas as particularly pressing for academic and scientific inquiry:

1. A mapping of the particular industries and companies that create negative human rights impacts in Brazil and Latin America. While scholars and activists have focused on particular violations, for example against indigenous peoples in the Amazon and other large-scale development projects, a more comprehensive map of the vulnerabilities in Brazil would be useful. These would of course include high tech, private security, and other industries.

2. A compilation of legislation, regulation, treaties, and domestic and regional caselaw that regulate corporate behavior in the area of human rights, along with an analysis of their effectiveness and the reasons for it, deploying both quantitative analysis and qualitative research. A modest start would be to start with one particular sector with a particularly negative record when it comes to human rights.

3. Research into the permissibility under international law and domestic constitutional law of regulation of companies for their activities abroad, along with the development of legislative proposals for this end. These findings might find their way into international agreements so that foreign companies operating in Brazil, and Brazilian companies operating abroad, will be more aware of their duties.

4. Greater inquiry into the most effective remedies for victims of business and human rights violations. The traditional model of remedies, whereby the state pays damages or undertakes structural changes after losing a case in domestic or international court is obviously important, but such cases take a long time and may not help victims. If scholars can study nonjudicial methods, from arbitration to corporate remedies, they may discover that they provide a more timely and realistic remedy than lawsuits. As noted, mediation has much to offer as a way to address victim concerns.

5. Philosophical inquiry into the responsibilities of companies and states in the BHR space. I hope those working in political and legal philosophy will put their talent to thinking about the role of business as both a violator and enforcer of human rights.³⁸ They should also consider the meaning of collusion, and relationships of business' roles to those of the state, which is also both an enforcer and violator of human rights. How the two should

³⁸ RATNER, Steven S. Survey Article: Global Investment Rules as a Site for Moral Inquiry. *The Journal of Political Philosophy*, Wiley Online Library, v. 27, n. 1, 2019, p. 107-135.



share responsibility for protecting rights, and the responsibility for each if the other violates those rights, are at the heart of the theoretical issues surrounding business and human rights. Such theoretical work can inform legislation and corporate policy.

So now is a great time for your new center. With not too much difficulty, you will find collaborators in other parts of the world, allowing you to share Brazil's experiences with them and their experiences with you. Just as Brazil has shown itself a pioneer on other human rights issues, from LGBT rights to the right to health, so too can we hope for great contributions in the area of business and human rights.

REFERENCES

ABBOTT, Kenneth W; SNIDAL, Snidal. *Hard and Soft Law in International Governance. International Organization*, Cambridge, v. 54, n. 3, p. 421 – 456, 2000.

ACCORD ON FIRE AND BUILDING SAFETY IN BANGLADESH. *About*. Available at: <<https://bangladeshaccord.org/about>>. Access: 21 dec. 2020.

BUS. & HUM. RTS. RES. CTR. *Latest News*. Available at: <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news>>. Access: 21 dec. 2020.

CILC. *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*. Available at: <<https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>>. Access: 21 dec. 2020.

CHILE; COLOMBIA. *National Action Plans on Business and Human Rights*. Available at: <<https://globalnaps.org/country/chile/>> and <<https://globalnaps.org/country/colombia/>>. Access: 21 dec. 2020.

COUNTRIES. *National Action Plans on Business and Human Rights*. Available at: <<https://globalnaps.org/country/>>. Access: 21 dec. 2020.

ECONOMIST. *Extracting Oil, Burying Data*. Feb 25, 2012, <https://www.economist.com/international/2012/02/25/extracting-oil-burying-data>. Available at: <<https://www.globalwitness.org/en/archive/why-we-are-leaving-kimberley-process-message-global-witness-founding-director-charmian-gooch/>>. Access: 21 dec. 2020

EXTRACTIVE INDUSTRIES TRANSPARENCY INITIATIVE. *Who We Are*. Available at: <<https://eiti.org/who-we-are>>. Access: 21 dec. 2020.

GANSON, Brian; WENNMANN, Achim. *Business and Conflict in Fragile States: The Case for Pragmatic Solutions*. Abingdon, UK: Routledge, 2015.

GLOBAL WITNESS. *Why We are Leaving the Kimberley Process – A Message from Global Witness Founding Director Chairman Gooch*. Dec. 3, 2011. Available at: <<https://www.globalwitness.org/en/archive/why-we-are-leaving-kimberley-process-message-global-witness-founding-director-charmian-gooch/>>. Access: 21 dec. 2020.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Res. 17/4*. July 6, 2011.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Res. 26/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9*. July 14, 2014.

FIFA HUMAN RIGHTS ADVISORY BOARD. *Fourth Report by the FIFA Human Rights Advisory Board*, Jan. 2020.

FINNEMORE, Martha; SIKKINK, Kathryn. International Norm Dynamics and Political Change. *International Organization*, Cambridge/MA, v. 52, n. 4, p. 887-917, 1998.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Velasquez Rodriguez Case, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4. July 29, 1988.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Ximenez-Lopez v. Brazil, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 149. July 4, 2006.

INT'L CODE OF CONDUCT ASSOCIATION. *About Us*. Available at: <<https://icoca.ch/about/>>. Access: 21 dec. 2020.

INTERNATIONAL OLYMPIC COMMITTEE. *Host City Contract: Principles – Games of the XXXIII Olympiad in 2024*, 2017.

OECD. *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, 2010. Available at: <<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/OECD-Due-Diligence-Guidance-Minerals-Edition3.pdf>>. Access: 21 dec. 2020.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Press Release, Bangladesh Accord Arbitrations* (July 17, 2018). Available at: <<https://docs.pca-cpa.org/2018/07/20180717-Press-Release-No.-2-ENG.pdf>>. Access: 21 dec. 2020.

RATNER, Steven. International Law and Political Philosophy: Uncovering New Linkages. *Philosophy Compass*, Wiley Online Library, Dec. 18, 2018.

RATNER, Steven S. Survey Article: Global Investment Rules as a Site for Moral Inquiry. *The Journal of Political Philosophy*, Wiley Online Library, v. 27, n. 1, 2019, p. 107-135.

REISMAN, W. Michael. The Concept and Functions of Soft Law in International Politics. In: BELLO, Emmanuel G; AJIBOLA; Bola A. (Eds.). *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias*. V. 1. Leiden: Brill, 1992, p. 135 e ss.



RIGHTS AND ACCOUNTABILITY IN DEVELOPMENT. *Principles Without Justice: The Corporate Takeover of Human Rights*. Mar. 2016.

ROSS, Alison. Second Dispute Under Bangladesh Accord Settles. *Global Arbitration Review*, Jan. 23, 2018. Available at: <<https://globalarbitrationreview.com/second-dispute-under-bangladesh-accord-settles>>. Access: 21 dec. 2020.

RUGGIE, John Gerard. *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company, 2013.

SHIFT. Available at: < www.shift.org >. Access: 21 dec. 2020.

Stevens, Pippa. *ESG Index Funds Hit \$250 Billion as Pandemic Accelerates Impact Investing Boom*, CNBC (Sept. 2, 2020). Available at: <<https://www.cnbc.com/2020/09/02/esg-index-funds-hit-250-billion-as-us-investor-role-in-boom-grows.html>>. Access: 21 dec. 2020.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Framework Principles on Human Rights and the Environment, in Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, Jan. 24, 2018, UN Doc. A/HRC/37/59, paras. 22, 35.

UNITED NATIONS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*. UN Doc. HR/PUB/11/04, 2011.

Submissão: 21/12/2020
Aceito para Publicação: 21/12/2020



CORRUPTION, POPULISM AND THE CRISIS OF THE RULE OF LAW IN BRAZIL

CORRUPÇÃO, POPULISMO E A CRISE DO “RULE OF LAW” NO BRASIL

Alberto do Amaral Junior*

Mariana Boer Martins**

RESUMO: O mundo testemunhou recentemente o aumento do populismo e do autoritarismo em várias democracias. O Brasil, é claro, não é exceção. No entanto, o processo que culminou com o resultado das últimas eleições presidenciais brasileiras é fundamentalmente diferente do que tem sido observado em alguns países do Norte Global. Embora a raiz da atual situação política no Brasil seja complexa, um de seus principais fatores é o nível notoriamente alto de corrupção do país. A hipótese que o presente artigo pretende explorar é a de que existe uma articulação entre a divulgação das investigações realizadas no âmbito da Operação Lava Jato, lançada em 2014 pela Polícia Federal do Brasil, e a subida ao poder de um governo populista de direita. A relevância desta análise é que tal correlação pode não só se aplicar exclusivamente ao caso do Brasil, mas também pode indicar que um fenômeno semelhante poderia ocorrer em outros países em circunstâncias semelhantes. A tese principal deste trabalho é que níveis extremamente elevados de corrupção são prejudiciais à democracia e ao “rule of law”.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Sistema político. Petrobras. Polarização. Populismo.

SUMÁRIO: Introduction. I Corruption and populism in Brazil: a conceptual account. II Operation Car Wash (Lava-Jato): an overview. III Operation Car Wash and political developments from 2014 onwards. IV The outcome of the 2018 election as a side-effect of Operation Car Wash. V Conclusion. References.

ABSTRACT: The world has recently witnessed the rise of populism and authoritarianism in several democracies. Brazil, of course, is no exception. However, the process that culminated in the result of the last Brazilian presidential elections is fundamentally different from that which has been observed in some countries of the Global North. Although the root cause of the current political situation in Brazil is complex, one of its main factors is the country’s notoriously high level of corruption. The hypothesis which the present article aims to explore is that there is a linkage between the disclosure of the investigations which were carried out in the context of Operation Car Wash, launched in 2014 by the Federal Police of Brazil, and the rise to power of a populist right-wing government. The relevance of this analysis is that such correlation may not only apply exclusively to the case of Brazil, but it may also indicate that a similar phenomenon could take place in other countries under similar circumstances. The main thesis of this work is that extremely high levels of corruption are disruptive of democracy and the rule of law.

KEYWORDS: Corruption. Political system. Petrobras. Polarization. Populism.

21

INTRODUCTION

The world has recently witnessed the rise of populism and authoritarianism in several democracies. Brazil, of course, is no exception. However, the process that culminated in the result of the last Brazilian presidential elections is fundamentally different from that which has been observed in some countries of the Global North. Although the root cause of the current political situation in Brazil is complex, one of its main factors is the country’s notoriously high level of corruption.

* Professor de Direito Internacional da Universidade de São Paulo (USP), em São Paulo, Brasil. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo.

** Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em São Paulo, Brasil.

The hypothesis which the present article aims to explore is that there is a linkage between the disclosure of the investigations which were carried out in the context of Operation Car Wash, launched in 2014 by the Federal Police of Brazil, and the rise to power of a populist right-wing government. The relevance of this analysis is that such correlation may not only apply exclusively to the case of Brazil, but it may also indicate that a similar phenomenon could take place in other countries under similar circumstances. The main thesis of this work is that extremely high levels of corruption are disruptive of democracy and the rule of law.

The Brazilian experience is a typical case of systemic corruption so understood a network high echelons of the Executive branch, leaders of of the main political parties in the legislature, state-owned companies and private enterprises. Each party performs different functions, but all are in search of the same goal: that is, to take private advantages. This explains why systemic corruption especially challenges the rule of law.

This article is divided in five sections. The first section intends to lay the theoretical foundations of the study by defining two fundamental concepts: corruption and populism. It also aims to show how they became interrelated in the Brazilian context. The second section presents a succinct panorama of the ongoing Operation Car Wash and its main results, while explaining the reason why it has represented a landmark in Brazilian History. The third section briefly exposes the chain of events that led the country to a political and economic crisis. The fourth section explains the main factors behind the election of President Jair Bolsonaro and the reason why his political ideas can be categorized as populist. The fifth section presents the conclusion.

22

I CORRUPTION AND POPULISM IN BRAZIL: A CONCEPTUAL ACCOUNT

Corruption is a multifaceted phenomenon that happens worldwide and encompasses a wide variety of practices, but in more general terms, it can be defined as “the abuse of public office for private gain” (WORLD BANK, 1997, p.8).

In any case, corruption takes place when public institutions are used to advance private interests rather than the common good. In corrupt countries, the distribution of public benefits and costs is significantly distorted, undermining both the economy and the legitimacy of the political system (ROSE-ACKERMAN, 2005, p. 226).

As pointed out by Arvind Jain (2001, pp. 71-72), studies indicate that corruption tends to impact the entire economic system, rather than confining itself to corruption -based transactions. It is associated with lower levels of investment and growth (ROSE-ACKERMAN, 2005, p. 2) and it can influence the income distribution within a country (JAIN, 2001, p. 72).

Even though corruption may take multiple forms, it is possible to identify three basic elements that are necessary for its existence: first, there must be an authority with discretionary power over the allocation of resources. Second, there must economic rents associated with this power that could be potentially captured by private groups. Third, there must be a low probability of punishment for the wrongdoing (JAIN, 2001, p 77).

As will be demonstrated in the following sections, all of these elements made the Petrobras scandal possible. Even if the key actors involved did end up being punished, what matters is that for years they had the perception that they could get away with it.

Brazilian politics has been plagued with corruption throughout its entire History¹ and the phenomenon of patrimonialism as one of its central characteristics has been studied by many scholars, notably Raymundo Faoro and Sérgio Buarque de Holanda.²

In his classic work, “Os Donos do Poder” (The Owners of Power), Faoro (2001, p. 866) states that the country’s sociopolitical structure remained more or less the same across the centuries, from the rule of King Dom João I to the Vargas’ administration, as the lines between the public and the private spheres have always been blurred. According to him, patrimonialist rule in Brazil has always relied on tradition.

Building on Faoro’s ideas, Sérgio Lazzarini (2010, p. 3-4) conceptualizes the Brazilian economic system as a “capitalism of ties”, that is, a web of alliances, contacts and support strategies that gravitate around political and economic interests. He argues that, even though the specific dynamics of such a system has both positive and negative aspects, there is always the risk that ties between public and private actors end up becoming channels for favoritism, collusion and unjustified protectionism.

¹ Lilia M. Scharcz and Heloisa M. Starling (2018, p. 504) argue that while corruption has always been present in Brazil, it is a problem that happens in the majority of countries around the world. They criticize the simplistic and prejudiced approach according to which corruption is just another cultural trait of the Brazilian people, as it ignores the strong reaction of public opinion against corruption crimes and the effort of institutions to punish and prevent it.

² In his essay “Raízes do Brasil” (Roots of Brazil), Sérgio Buarque de Holanda criticized what he perceived as patrimonialism in civil service, pointing to the fact that personal ties used to prevail over objective criteria in the selection of bureaucrats.



The construction of Brasília, inaugurated in 1961, illustrates the functioning of this particular form of capitalism. For the first time, large contracting companies, once isolated in their own states, began to collude and form political connections (DEL PRIORE, 2019, p. 24).

Since redemocratization, corruption scandals have taken place in every government (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 504). Brazilian state capitalism has proven to be a fertile terrain for corrupt practices, since, as pointed out by Costa et al. (2017, p. 299), its dynamics happens through close relationships of personal, family and private ties between businessmen and public officials.

However, the news headlines of the past few years point to a paradigm-shift in terms of how corruption crimes committed by high-profile authorities and businessmen are dealt with. The scale of the embezzlement of Petrobras and the operational sophistication of the scheme have deeply affected Brazilian society on multiple levels.

The recent crusade against corruption carried out by the Brazilian Federal Police and the Federal Prosecution Service has produced two main side-effects: the first one is economic, given the relevance of the companies involved. The second one, which shall be studied in more detail, is society's reaction, which resulted in the election of a right-wing populist leader.

However, what makes the government of President Jair Bolsonaro a populist one? Much has been said lately about populism on the media, but conceptual precision is hard to achieve. The term has now become omnipresent, as there is the perception that authoritarian populists are on the rise all over the world and voters seem to be tired not only of parties and governments, but of liberal democracy itself (MOUNK, 2018, p. 2). What exactly then does that mean? In the words of Jan-Werner Müller (2016) populism 'is not anything like a codified doctrine, but it is a set of distinct claims and has what one might call an inner logic' (p. 10).

According to the author, this logic is composed of two distinctive features. The first feature is that populists are strongly critical of elites, which are deemed corrupt or morally inferior, as opposed to "the people". This condition alone, however, is not sufficient for a party or a politician to be accurately described as a populist, since anyone who criticizes the elites for some reason or another would fall into this category (MÜLLER, 2016, pp. 19-20).

The second feature is antipluralism, since populists claim that they are the single and genuine representatives of "the people" and any kind of political opposition is illegitimate. In this conception, "the people" is a morally pure and unified entity and anyone with a divergent view is not really a part of it (MÜLLER, 2016, pp. 20-21). Hence, populist leaders always have



something to say on the values of the “authentic people” they claim to represent (MÜLLER, 2016, p. 25).

Antipluralism is at the core of populism, as the apparent representativeness of populist leaders is based on a symbolic construction that expresses a distorted interpretation of reality (Müller, 2016, p. 68). This interpretation consists of a monist view of society, which excludes anyone who does not fit into this ideal mold (MÜLLER, 2017, p. 3).

For that reason, populist movements tend to be hostile to cultural, linguistic, religious, racial and other minorities, as “the people” is viewed as a homogenous grouping in cultural and economic terms (PLATTNER, 2010, p. 88). They refuse to acknowledge the existence of conflicts of interests and tension between various groups as inherent to society.

Another common denominator of populists seems to be the fact that they claim to know straightforward solutions for the most pressing and intricate problems of our time. Since these problems simply do not automatically vanish once they take office, they put the blame for it on someone else, e.g. immigrants (MOUNK, 2018, p. 7).

It is important to highlight that populism happens in the shadow of democracy (MÜLLER, 2016, p. 20), as populists do not oppose the idea of representation as such, but rather, have a particular notion of what it means (MÜLLER, 2016, p. 25). Although it may seem that they espouse the idea of democratic representation, they actually rely on a symbolic version of it (MÜLLER, 2016, p. 27).

Therefore, populist movements are not purely antidemocratic, as they do not seek to abolish democracy from the start, but to rise to power by democratic means instead. Once they are in power, however, they are free to attack liberal institutions. In other words, the peculiar nature of populism is the fact that it is both democratic and illiberal (MOUNK, 2018, p. 35). It is democratic in the majoritarian sense while it simultaneously rejects the liberal emphasis on the protection of individual rights and procedural guarantees (PLATTNER, 2010, p. 88).

The forces behind populism are complex and their detailed analysis falls outside of the scope of this article. Nonetheless, a few observations must be made on this subject.

First of all, as remarked by Cas Mudde and Cristóbal Rovira Kaltwasser (2017, p. 97) it is simplistic to explain the success of populist politics only by the appearance of a charismatic leader whose ideas appeal to a disappointed majority of the electorate that feels ignored by the establishment. This is because this kind of assessment does not take into account the demand and the supply sides of populism: in societies where demand for populism is strong, there must

exist credible populist forces for it to flourish; conversely, a strong supply of populism without the demand will result in failure (MUDDE; ROVIRA KALTWASSER, 2017, p. 97).

Second, the demand side of populism manifests itself when a specific set of circumstances is present, such as economic crisis or the disclosure of cases of systematic corruption. Corruption, in particular, might give people the perception that “elite” groups behave in a dishonest manner, causing them to feel angry and more susceptible to embrace a populist mindset (MUDDE; ROVIRA KALTWASSER, 2017, pp. 100-101).

Hence, in countries where the political system is unresponsive to the demands of citizens, they might feel more inclined to support populist candidates (MUDDE; ROVIRA KALTWASSER, 2017, p. 101). In times of economic hardship, a large portion of the electorate may have the feeling their concerns are being ignored by the government, which causes them to distrust the establishment.

In advanced economies, economic progress has slowed down radically and the combination between slowing growth and accelerating inequality has resulted in a stagnation in living standards for most of the population (MOUNK, 2018, p. 149). There are many factors that explain this development, such as globalization, automation and the rise of digital economy, and while the right policies could potentially minimize the wealth distribution problem, they are far from being simple and immediate (MOUNK, 2018, p. 37). With the end of prosperous times, people no longer have the same incentives to believe in the political system, which helps to erode the foundations of liberal democracy (MOUNK, 2018, p. 152).

In the case of Brazil, the predominant causes of the victory of a right-wing populist government in the 2018 elections were corruption and unresponsiveness to the demands of the population. As will be detailed in the following sections, even though economic instability contributed to the perception that a radical change in the political status quo was needed, this problem was, on many aspects, linked to the broader crisis provoked by the Petrobras corruption scheme.

II OPERATION CAR WASH (*LAVA-JATO*): AN OVERVIEW

In 2014, the Brazilian Federal Police launched the ongoing Operation Car Wash (Operação Lava-Jato), the biggest anti-corruption investigation that has ever taken place in the History of Brazil (Ministério Público Federal - MPF). Although originally intended as a money

laundering investigation, it expanded and reached its climax when a major corruption scheme at Petrobras,³ a state-owned oil company, was uncovered.

The operation started in Curitiba, capital of the state of Paraná, and it aimed, initially, to investigate four criminal organizations led by black-market money dealers, known as *doleiros*. At the time, one of the organizations was laundering money through carwash businesses, hence the name of the operation (MPF).

Through wiretapping it was identified that one of the *doleiros*, Alberto Youssef, had donated a car to the then Director of Supply of Petrobras, Paulo Roberto Costa (AGUILERA, 2019). As the investigation evolved, evidence was found pointing to the existence of a vast corruption network with the oil company at its center.

A scheme was perpetrated by big contracting firms (*empreiteiras*), in violation of the Brazilian public procurement legislation. They organized a cartel in order to be awarded contracts at inflated prices that were worth billions of dollars.

The companies would offer hefty bribes to politicians and high executives of Petrobras, varying between 1% and 5% of the contracts' value. This cartel, referenced in judicial sources as "The Club", was in charge of coordinating which company would get a contract with Petrobras by manipulating some of the requirements during the public tender and setting the prices of services and bribes (SALCEDO-ALBARÁN et al. 2017, 2018, p. 11). Petrobras officials linked to the cartel would favor the companies by restricting the entry of others (COSTA et al., 2017, pp. 300-301).

The bribes were distributed by financial operators, including the dealers (*doleiros*) investigated in the first part of the operation (MPF). According to Costa et al. (2017, p. 301), their function was not only to deliver the payment of tuition fees, but also to distribute the disguised bribe clean money to beneficiaries.

The directors of Petrobras that accepted the bribes had been appointed by political parties, thus revealing the existence of an intricate criminal association formed by political groups (MPF). Paulo Roberto Costa (former supply director), Renato Duque (former services director) and Nestor Cerveró (former international operations director) had been appointed,

³ As explained by Costa et al. (2017, 299), Petrobras, whose main shareholder is the Government of Brazil (Union), operates in 25 countries in the energy sector, primarily in the areas of exploration, production, refining, marketing and transportation of oil, natural gas and its derivatives. Hence, the company has an enormous relevance for Brazilian economy.

respectively, by PP, PT and PMDB. It was the testimony of Paulo Roberto Costa that was the first to shed light on the control of the board of directors by political parties and the division of tasks among those involved in the scheme (ALMEIDA; ZAGARIS, 2015, pp. 89-90). In 2015, in another chapter of the operation, criminal investigations were opened against parliamentarians who were either part of or related to parties responsible for appointing the company's directors (COSTA et al., 2017, p. 301).

Furthermore, according to the Superior Electoral Court, (TSE) the companies involved in the corruption network had donated millions of reais to political parties in the form of campaign donation, thereby influencing the outcome of the 2014 election (GONÇALVES; ANDRADE, 2019, p. 281). Of the ten largest donors, five were in the construction industry (COSTA et al., 2017, pp. 301). As detailed by Salcedo-Albarán et al. (2017, 2018, p. 12), even though some of the illicit payments were made directly, through offshore accounts, front companies or in cash, an alternative strategy used by the cartel to deliver the bribes consisted on funding political campaigns of politicians and public servants.

Of all companies implicated in the scheme, Odebrecht S.A was perhaps the most important one, considering the coverage by media outlets of Operation Car Wash (SALCEDO-ALBARÁN et al. 2017, 2018, p. 12). By November 2014, when the cartel was uncovered by the Brazilian Federal Police, the company had no less than nineteen contracts with Petrobras which totaled 17 billion reais (SALCEDO-ALBARÁN et al. 2017, 2018, p. 12).

In March 2016, Odebrecht's CEO, Marcelo Odebrecht – grandson of the company founder – was sentenced to 19 years in prison for paying 35 million dollars in bribes for Petrobras executives (JUSTI; DIONÍSIO, 2016, para.1). He agreed to collaborate with authorities through a leniency agreement, which provided a reimbursement to the public coffers of 2.6 billion dollars and seventeen other oil and engineering companies decided to do the same (AGUILERA, 2019; BRANDT, 2017). As revealed by the former CEO of the biggest engineering and contracting company in Latin America during a plea bargain, the company had created an entire division (Division of Structured Operations) with separate and off-book communications and payment system whose single purpose was to deliver bribes for public officials (BEDINELLI, 2017, para. 2-3). High executives of six of the main contracting companies of the country – Camargo Correia, UTC, OAS, Mendes Júnior, Engevix and Galvão – have also been imprisoned (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 503).

The findings of the investigations demonstrate that the political system as a whole was organized to perpetuate corruption (GONÇALVES; ANDRADE, 2019). Politicians from all five regions of the country and belonging to different positions in the ideological spectrum were implicated in the scheme, which shows that corruption was a generalized practice (GONÇALVES; ANDRADE, 2019, pp. 285-28).

Operation Car Wash is a sum of the efforts of a taskforce integrated by the Brazilian Federal Prosecution Service (Ministério Público Federal), the Federal Police, the Brazilian Internal Revenue Service, the Central Bank and the Council for Financial Activities Control (COSTA, 2019, para. 9). Its scope is impressive, as it involved seven eleven countries, sixteen companies and five billion dollars in bribes to company executives, political parties, fifty congressmen and four former Brazilian Presidents (WATTS 2017, cited in MANOUSHAGIAN, 2019, p. 413).

Five years after its beginning, it resulted in 50 lawsuits in which 155 people were sentenced for money laundering, active and passive corruption, public procurement fraud, criminal association, money evasion, and money laundering, among other crimes (COSTA, 2019, para. 1). Also, 13 billion reais that had been embezzled from Petrobras have been recovered so far (RICHTER, 2019, para. 2).

According to the Federal Prosecution Service, the collaboration agreements (*delações premiadas*) between the prosecutors in charge of the case and the indicted were instrumental for the development of the operation. Without them, it would have been impossible to dismantle the web of corruption at Petrobras, since material evidence for the kind of crimes that were committed was very difficult to obtain (VENTURINI; ARAGÃO, 2018, para. 23). The agreements are based on a cost-benefit analysis by which several factors are taken into account, such as the existence of new information on crimes and its authors, the relevance of the evidence that will be made available, the potential retrieval of diverted money and the likelihood of a positive outcome for the lawsuit (MPF).

Other strategies adopted throughout the operation involve extended preventive detentions, bench warrants, search warrants and international cooperation (VENTURINI; ARAGÃO, 2018, para. 22-25). Many aspects of the method used by the prosecutors are controversial and have been criticized by legal experts (TORON, 2016; BOTTINO, 2016; CANOTILHO; BRANDÃO, 2017).

Car Wash Operation in numbers**484**

Number of people indicted

4 billion reais

The amount of money that has been recovered to far

2,1 billion reais

Estimated value of compensatory fines in collaboration agreements

12,4 billion reais

Estimated value of compensatory fines to be paid in leniency deals

14,3 billion reais

Total sum to be recovered

Source: Ministério Público Federal

Even though systemic corruption has always been part of Brazilian politics, the social impact of Operation Car Wash can be perceived as a major paradigm-shift, since there was the perception that high profile politicians and business tycoons were finally being held responsible. While bribery and other acts of corruption have always been punishable under Brazilian law, the efficacy of these laws had always been virtually non-existent (TOBOLOWSKY, 2016, p. 6). Historically, only a few egregious corruption crimes were ever prosecuted, and the court proceedings were lengthy and entailed no punishment (SOTERO 2016, cited in TOBOLOWSKY, 2016, p. 6). For this reason, the operation may have become a landmark in Brazilian History (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 505).

As remarked by Aguilera (2019, p. 3), for the first time in the country's History there were judgments being followed live and a massive coverage of the investigations by the news media. Regardless of social class, the Brazilian population came to follow all the facts. Research conducted by Data Popular Institute shows that seven out of ten middle-class Brazilians support the operation (ESTADÃO CONTEÚDO, 2019). Former Federal Judge Sérgio Moro, one its head judges and now Minister of Justice, became the face of the fight against corruption.

Besides the social impact, the economic consequences of the corruption scandal have been dramatic. Since 2014, the ten largest engineering and contracting companies involved in the scheme have cut over 600 thousand jobs due to credit restriction and the need to sell assets to improve liquidity (SCHELLER, 2017 and ALVARENGA, 2017, cited in GONÇALVES; ANDRADE, 2019, p. 280-281).

As for Petrobras, the damage that has been caused by the embezzlement of the company, the largest in Brazil (VALOR, 2019), amounts to billions of reais. Besides the financial loss, the company's image has been destroyed, as it used to be a source of national pride and enjoyed a lot of credibility in the market. In 2013, it was ranked the 13th biggest oil company in the world by Forbes magazine and its liquid revenue amounts to 349.836 million reais (roughly 86 million US dollars) (VALOR, 2019). Before the scandal, Petrobras was regarded by experts as a rare example of insulation against political exploitation, as opposed to other state-owned companies (ALMEIDA; ZAGARIS, 2015, p. 87). At the peak of Operation Car Wash, it lost eighty percent of its market value and the raising of funds for the continuation of its activities was virtually paralyzed (ALMEIDA; ZAGARIS, 2015, p. 96; COSTA et al., 2017, p. 303).

A study of the evolution of Brazil's gross domestic product shows that it plunged from 7.6% in 2010 to 0.1% in 2014 and -3.6% in 2016, which resulted in a huge loss of formal jobs and caused many families to go into debt (COSTA, 2018, p. 499).

Even though the economic recession had multiple causes, such as a drop in the price of commodities and the adoption of wrong interventionist policies, the investigations carried out by MPF have certainly catalyzed the crisis, since Petrobras had to suspend business with many companies and many workers had to be laid off (BARBOSA FILHO, 2017, p. 51). This shows how high levels of corruption can undermine social order.

The general discontent of the Brazilian population with the status quo became evident in the protests of 2013, when a million people took the streets to demand accountability from political leaders and the end of impunity (WINTERS, 2015, cited in TOBOLOWSKY, 2016, p. 7). It became clear that Brazilians could no longer withstand the country's exploitation by the political class, since, according to a research by the Federation of Industries of São Paulo (FIESP) in 2012, the cost of corruption in Brazil varies between 1.4% and 2.3% of its GDP every year, that is, around \$ 146 billion USD (ERNST & YOUNG, 2012, cited in TOBOLOWSKY, 2016, p. 7).

Moreover, the protesters were revolted at the fact that the economic growth the country had experienced in the previous years had not translated into an increase in welfare and improved public goods (FLANNERY, 2013, cited in TOBOLOWSKY, 2016, p. 7). In spite of Brazil's position as the ninth biggest economy of the world according to World Bank data

(2018) the country ranks 79 in UNDP's Human Development ranking (2019), way below Chile and Argentina.

The social and economic expression of the facts that came to light in the context of Operation Car Wash have affected Brazilian society in multiple ways. The instability it caused produced extremely damaging consequences, such as an increase in unemployment and poverty (GONÇALVES; ANDRADE, 2019 p. 281). The magnitude of these events has significantly shaped the changes in the political landscape that came to follow.

III OPERATION CAR WASH AND POLITICAL DEVELOPMENTS FROM 2014 ONWARDS

Even though politicians affiliated with different parties and ideological positions played a role in the corruption scandal, the Worker's Party (PT), which was then in power, became the main target of public dissatisfaction.

In 2014, former President Dilma Rousseff was re-elected with 51.64 percent of vote against 48.36 percent for Aécio Neves, a senator from the Social Democracy party (PSDB) (BENITES, 2014, para.1). In 2015 and 2016, prominent members of PT, former Chief of Staff José Dirceu and former Minister of Finance Antonio Palocci (JUSTI; MATOS, 2015; JUSTI, 2016), were arrested for receiving bribes in contracts involving Petrobras.

The years that followed the 2014 election were marked by massive protests in several states and the polarization of public opinion. Even though the demands of the protesters were somewhat diffuse, there was a general discontent with corruption in the Brazilian political class. There was significant popular pressure for then President Dilma Rousseff to leave office, although there were also some pro-government demonstrations, led mainly by workers' unions and social movements.

In December 2015, the impeachment process against President Dilma Rousseff started at the National Congress. The petition was received by Eduardo Cunha, who was then President of the Chamber of Deputies. Cunha was later sentenced to 15 years of prison by Federal Judge Sergio Moro for corruption, money laundering and currency law evasion (ISAIA, 2017, para.1).

The charges were about allegations that the President had violated fiscal and budget laws. She was accused of committing a practice known as fiscal pedaling, which consists of borrowing large amounts of money from state banks without Congress approval.

Even though the prosecutors in charge of Operation Car Wash never found any evidence that the President was involved in the scandal, her critics argue that she must have been aware of what was happening at Petrobras, since she chaired the company's board of directors at the height of the investigations (SAMPAIO, 2016, para. 14). In any case, she was not formally charged with corruption.

In March 2016, hundreds of thousands of people took the streets of several cities all over Brazil to demand the ousting of the President. It was the biggest demonstration of the country's History after the end of military rule and it represented the apex of the protests that had been going on since 2014 (ROSSI et al., 2016, para. 1-2).

Later that year, in August, the impeachment of former President Dilma Rousseff took place against a backdrop of economic recession and social turmoil, putting an end to thirteen years of the Worker's Party (PT) rule. Her supporters called it a coup d'état, arguing that the President's political opponents had created a pretext to overthrow the government.

As remarked by political scientists Felipe Nunes and Carlos Ranulfo Melo (2017, p. 284), the feeling that the President was responsible for the economic crisis and the media coverage of the Petrobras corruption scandal caused her popularity to plunge very quickly. However, they point out that the impeachment is also explained by the dynamics of Brazilian coalition presidentialism, according to which the success of a government depends on the relationship between the executive and the legislative powers. By Dilma Rousseff's second term, the Congress was fragmented as never before and she failed in her strategy to form a coalition that could support her (NUNES; MELO, 2017, p. 285).

Despite the controversy on whether former President Dilma had played a role in the embezzlement of Petrobras, it is fair to say that the developments of Operation Car Wash tainted her image, as well as that of the Workers' Party (PT) as a whole (SAMPAIO, 2016, para. 9-10). After the impeachment, Vice-President Michel Temer, a center-right member of the Brazilian Democratic Movement Party, became Brazil's new president.

The year of 2017 was marked by protests pro and against the impeachment. The results of a survey conducted by Gallego, Ortellado and Ribeiro (2017, pp. 43-44) indicate that although the demonstrators who identified themselves as 'conservative' or 'right-wing' diverged on many important issues, such as the adoption of more liberal economic policies, their cohesion was based on a strong rejection for the Workers' Party, 'traditional politics' and

political parties as a whole. In other words, what most of the protesters really had in common was a strong anti-political stance.

In the same year, another chapter of the operation rattled the country as former President Luis Inácio Lula da Silva was sentenced to nine years and six months of prison for corruption by Federal Judge Sérgio Moro in a historical and controversial trial. According to Federal Prosecution Service, the former President had been given an apartment in the coastal town of Guarujá by contracting company OAS in return for contracts signed with Petrobras (BRETAS; CALEGARI, 2017, para.4).

Once again, Brazilian public opinion was divided. According to a research conducted by IPSOS, no less than 46% of the Brazilian population is against the prison of former President Lula, even though 69% think that he is somehow involved in the Lava-Jato scheme. However, 51% of those interviewed believe that Lula is no more corrupt than other politicians and 73% have the opinion that he was imprisoned because the ‘elite’ wanted him out of the next presidential elections (SHALDERS, 2018, para. 2-3). This shows how great is the political capital of the former President, who served from 2003 to 2011 and enjoyed an eighty-seven percent approval rating at the end of the second term (LANGLOIS 2018, cited in MANOUSHAGIAN 2019, 414).

Two years later, the operation suffered a major setback due to a Supreme Court ruling according to which defendants could only be imprisoned after all appeals to higher courts had been exhausted (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Because of this, former President Lula has been released.

Ironically, Operation Car Wash has recently become a scandal of itself, as The Intercept, a self-proclaimed independent non-profit news outlet, leaked a series of private text messages between former Federal Judge Sérgio Moro and the prosecution, indicating that he overstepped his role as a judge (MARTINS; DE SANTI; GREENWALD, 2019, para. 1). This kind of collusion between the Judiciary and the prosecution is problematic because it violates due process of law and calls into question the legitimacy of the trials.

As for former interim President, Michel Temer, he was arrested in another branch of Car Wash Operation for heading a criminal organization involved in the construction of Angra 3 nuclear plant. (GUIMARÃES, 2019, para 1-3).

The main political events that occurred in Brazil since 2014 reveal a state of anomy in which public institutions are captured by private interests (GONÇALVES; ANDRADE, 2019,

p. 287). While the country has experienced important advances in control mechanisms, with the strengthening of institutions such as the Public Prosecution Service and changes in legislation, it is also an undeniable fact that corruption is far from being a marginal issue (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 504).

The extensive media coverage of massive corruption scandals has forever impacted the way Brazilians perceive politics,⁴ as democracy and the rule of law have been significantly undermined. This paved the way for a radical turn to the right in the 2018 presidential election.

IV THE OUTCOME OF THE 2018 ELECTION AS A SIDE-EFFECT OF OPERATION CAR WASH

In 2018, Jair Bolsonaro became the new President of Brazil, after an electoral race marked by harsh rhetoric and ideological polarization. The far-right candidate won 55.13% of the vote against 44.87% for Fernando Haddad of the Workers' Party (PT) (MAZUI, 2019, para. 2).

President Bolsonaro graduated from the Agulhas Negras Military Academy in Rio de Janeiro and served as a federal deputy for seven terms (Planalto). Once a marginal political figure, he came under the spotlight during his electoral campaign by making polemic remarks and promoting a conservative agenda.

As remarked by researchers Ribeiro and Ortellado (2019, p. 1) Bolsonaro's campaign was a low-budget one and it relied almost exclusively on social media, thus differing from the traditional political campaign style, characterized by costliness and considerable television exposure. Three main themes have been identified in his Facebook campaign: (i) an anti-establishment populist stance, accusing the entire political system and the Workers' Party, more specifically, of being corrupt and contrary to the interests of the people; (ii) a defense of 'traditional family values', supposedly under threat by the feminist and LGBT movement; (iii) criticisms to mainstream media, as it allegedly supported traditional political forces.

⁴ This has reflected in Brazil's Corruption Perception Index (CPI) in studies conducted by Transparency International. As concluded by Aguilera (2019, p. 8), because of the real-time disclosure of Operation Car Wash investigations, the country's CPI has been significantly affected. Out of an universe of 180 countries, Brazil has lost considerable positions between 2015 and 2017, which proves that it is perceived as far more corrupt than before.

Therefore, one of the main factors behind President Bolsonaro's victory is not only a strong rejection of the Workers' Party, but a disbelief in the political establishment. As pointed out by Almeida (2019, pp. 185-186), this is the result of a social process that he identifies as a 'conservative wave', which aims to articulate four elements: economic liberalism, moral patrolling, a punitive approach to public safety and social intolerance.

An analysis of the President's inaugural speech is indicative of a populist mindset (Planalto, 2019). First, the President talked about 'uniting the people' and 'respecting our Judeo-Christian tradition' by 'fighting gender ideology'. Second, he stated that it was urgent to put an end to 'the ideology that defends criminals and criminalizes policemen' and that the safety of the 'good people' would be his government's priority. He then emphasized the importance of guaranteeing the right to property and self-defense. Third, he expressed his will to 'fight socialism' and 'nefarious ideologies', pointing to the 'ethical, moral and economic crisis' the country was facing. Fourth, the President stressed the need for "structural reform" and a rupture with 'old practices'. He exhorted the congressmen to help him in his mission to free the country of 'the yoke of corruption, criminality, economic irresponsibility and ideological submission'. And fifth, he expressed his will that Brazil finally occupies 'the place it deserves in the world', which would be achieved by freeing foreign policy of 'an ideological bias'.

All of these ideas are, of course, expressed in his government plan, an 81-page document titled 'The Path to Prosperity'. Even though the proposals are vague, the plan emphasizes the need to free the country of 'cultural Marxism', corruption and 'indoctrination' in basic education, that is, left-wing ideologies. Moreover, it supports the 'right' of every citizen to carry a gun for self-defense, drawing a line between 'good' and 'bad' people, and a change in human rights policies in order to prioritize victims of urban violence.

The content of the inaugural speech and the government plan suggest that President Bolsonaro intends to come across as a representative of 'the good people', as opposed to criminals and minorities. According to this worldview, 'the authentic Brazilian people' would only encompass those who meet certain criteria and hold conservative values. Also, his discourse conveys the idea that the country's biggest challenges, such as high criminality rates, the poor quality of school education and slow economic growth could be solved by the adoption of simple, straightforward policies.



Besides his conservative agenda, the President has become notorious for adopting a polemic political style and many of his remarks have been regarded as offensive by certain social groups

This state of affairs shows that President Bolsonaro's government fits perfectly into the description of the nature of populism as both 'democratic and illiberal'. Not only did he win by democratic means, but also, he was already a congressman, not a complete outsider. He managed to successfully channel the desire of the average middle-class Brazilian voter for change and his moralizing views pleased many people that were angry at the corruption of the 'political caste'. Nevertheless, if the democratic system made his victory possible, his political agenda expresses a contempt of values that are essential for every liberal democracy, notably pluralism.

V CONCLUSION

Populism as a political movement has two main aspects. The first one is that is critical of the 'establishment'. The second and most important one is that it is antipluralist. Although populist leaders win by democratic means, populism is only democratic in the majoritarian sense. It is detrimental to liberal democracy because it seeks to undermine its counter-majoritarian side, that is, the institutions that protect the fundamental rights of minorities.

There are many reasons why populist leaders are elected. In some developed countries, this was an expression of economic discontent and anxiety, due to a worsening of the living standards for a great part of society. In the case of Brazil, however, this development is directly linked to the extensive coverage of Operation Car Wash investigations by the media and the perception of many Brazilians that a radical political change was needed.

Even though the prevention and punishment of corruption is something positive in itself, the scale and mediatization of the operation carried out by the Federal Prosecution Service and the Federal Police have produced an important political side-effect: the rise to power of a right-wing populist government. Economic recession also played an important role in terms of shaping the public opinion, but it was, in many aspects, linked to the Petrobras scandal and policies adopted by a government regarded as corrupt.



The Brazilian case demonstrates that, while corruption is a dysfunction that happens in most countries around the world, extremely high corruption levels can undermine liberal democracy and the rule of law.

At present-day, corruption is an ubiquitous phenomenon. To a greater or lesser degree, it appears all over the world, at different levels of public administration. Overall, to fight corruption contributes to make the rule of law even more robust. Although, in cases of systemic corruption, where a network in the realm of state administration often articulates with private companies, the situation becomes potentially much more complex. Of course, failures in judicial procedures, breaches of legal rules during investigation, disputes around the conception of criminal law between judicial courts and “politicization” of justice, all of those facts, together or in isolation, can take place. Our purpose in this article is, nevertheless, different. We simply highlight that while in ordinary circumstances punishing corruption strengthens the rule of law the quest for curtailing pervasive corruption leads sometimes, even though as a collateral effect, to undermining both the rule of law and democracy with the rise of populism.

38

REFERENCES

- AGUILERA, R. Corruption Perception Index: Reflexions in Brazil Before and During Operation Car Wash, *Contextualizaciones Latinoamericanas*, no. 21, pp. 1-9, 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.32870/cl.v0i21.7359>>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- ALMEIDA, M; ZAGARIS, B. Political Capture in the Petrobras Corruption Scandal: The Sad Tale of an Oil Giant’, *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 39, pp. 87-100, 2015. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/forwa39&i=223>>. Acesso em: 20 nov. 2019
- BEDINELLI, T. Da escolha de apelidos à entrega do dinheiro: a engenharia da corrupção da Odebrecht em detalhes’, *El País*, 15 April 2017. Acesso em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/13/politica/1492117321_685877.html>. Disponível em: 27 nov. 2019.
- BENITES, A. Dilma derrota Aécio na eleição mais disputada dos últimos 25 anos, *El País*, 26 October 2014. Acesso em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/10/26/politica/1414362936_748118.html>. Disponível em: 20 nov. 2019.
- BRETAS, V; CALEGARI, L. Moro condena Lula a 9 anos e 6 meses de prisão por caso triplex, *Exame*, 12 July 2017. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/moro-condena-lula-a-anos-de-prisao-por-caso-triplex/>>. Acesso em: 23 nov. 2019



CANOTILHO, J.J; BRANDÃO, N. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato', *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 133, p. 133-171, 2017.

Costa M et al. Corporate Social (IR)responsibility in Brazil: Companies, Power and Ties Intertwined: Concepts, Perspectives and Emerging Trends in Ibero-America, *Developments in Corporate Governance and Responsibility*, 27 June 2017, pp. 297-315. Acesso em: <<https://doi.org/10.1108/S2043-052320170000011014>>. Disponível em: 23 nov 2019.

COSTA. Lava Jato completa cinco anos com 155 pessoas condenadas. *Agência Brasil*, 16 March 2019 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-03/lava-jato-completa-cinco-anos-com-155-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 23 nov 2019.

DEL PRIORE, M. *Histórias da gente brasileira: testemunhos (1951-2000)*. v. 4. São Paulo: Leya, 2019.

ESTADÃO CONTEÚDO. Sete em cada dez brasileiros da classe C apoiam Lava Jato, diz pesquisa, *Exame*, 4 October 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/sete-em-cada-10-brasileiros-da-classe-c-apoiam-lava-jato-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

FAORO, R. 2001, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3rd ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FORBES 2013. The World's Biggest Oil Companies. Disponível em: <<https://www.forbes.com/pictures/mef45miid/13-petrobras/#3cc3038b6634>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GALLEGO, E; ORTELLADO, P; MORETTO, M. Guerras culturais e populismo antipetista nas manifestações por apoio à operação Lava Jato e contra a reforma de previdência, *Em Debate: Periódico de Opinião Pública e Conjuntura Política*, Belo Horizonte, vol. 9, no. 2, pp. 35-45, 2017. Acesso em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/4862>>. Disponível em: 23 nov. 19.

GONÇALVES, V; ANDRADE, D. A corrupção na perspectiva durkheimiana: um estudo de caso da Operação Lava Jato, *Revista de Administração Pública*, vol. 53, no. 2, pp – 271-290, 2019. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1590/0034-761220180192>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

GUIMARÃES, A. Temer é chefe de organização criminosa há 40 anos, diz Lava Jato no RJ', *GI*, 21 March 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/03/21/temer-e-chefe-de-organizacao-criminosa-ha-40-anos-diz-lava-jato-no-rj.ghtml>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*. 26th ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ISAIA; D. Moro condena Cunha a 15 anos de prisão por corrupção, lavagem e evasão de divisa, 30 March 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017->

03/moro-condena-eduardo-cunha-15-anos-de-prisao-por-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 23 nov. 2019.

JUSTI, A; DIONÍSIO, B. Justiça Federal condena Marcelo Odebrecht em ação da Lava Jato, *GI*, 8 March 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/justica-federal-condena-marcelo-odebrecht-em-acao-da-lava-jato.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

JUSTI, A; MATOS, V. José Dirceu é preso na 17ª fase da Operação Lava Jato', *GI*, 3 March 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/08/com-40-mandados-judiciais-pf-cumpre-17-fase-da-lava-jato.html>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LAZZARINI, S. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MANOUSHAGIAN, M. Registration of Candidate (11532) No. 0600903-50.2018.6.00.0000: That's Me in the Spotlight, Lula - Sing My Political Rights', *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 27, no. 2, Spring 2019, p. 411-422. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/tulic127&i=437>>. Acesso em: 28 dez. 2020.

MARTINS, R; DE SANTI, A; GREENWALD, G. Não é muito tempo sem operação? *The Intercept Brasil*, 9 June 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/chat-moro-deltan-telegram-lava-jato/>>. Acesso em: 23 nov 2019.

MAZUI, G. Jair Bolsonaro é eleito presidente e interrompe série de vitórias do PT', *GI*, 18 October 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/28/jair-bolsonaro-e-eleito-presidente-e-interrompe-serie-de-vitorias-do-pt.ghtml>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MOFFIT, B. *The global rise of populism: performance, political style and representation*, Stanford: Stanford University Press, 2016.

MOUNK, Y. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

Müller, J. *What is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

MUDDE, C; ROVIRA KALTWASSER, C. *Populism: a very short introduction*, New York: Oxford University Press, 2017.

NUNES, F; MELO, C. Impeachment, Political Crisis and Democracy in Brazil, *Revista de Ciência Política*, vol. 37, no. 2, pp. 281-304, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/s0718-090x2017000200281>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ORTELLADO, P; RIBEIRO, M. Pesquisa com eleitores e não eleitores de Jair Bolsonaro São Paulo, março-abril de 2019, Monitor Digital. Disponível em: <<http://www.monitordigital.org/pesquisa/pesquisa-com-eleitores-de-bolsonaro-marcoabril-de-2019/>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

PLANALTO. Discurso do Presidente da República, Jair Bolsonaro, durante Cerimônia de Posse no Congresso Nacional, 1 January 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/discursos/2019/discurso-do-presidente-da-republica-jair-bolsonaro-durante-cerimonia-de-posse-no-congresso-nacional>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

PLANALTO. Biografia do Presidente. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/conheca-a-presidencia/biografia-do-presidente>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

ROSE-ACKERMAN, S. *Corruption and government: causes, consequences and reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RICHTER, A. Lava Jato recupera R\$ 67 milhões desviados da Petrobrás, *Agência Brasil*, 18 July 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-07/lava-jato-recupera-r-67-milhoes-desviados-da-petrobras>>. Acesso em: 18 nov. 2019

SALCEDO-ALBARÁN, E; SALAMANCA, L; SANTOS, D; MACÍAS, G; GUERRA, N. The “Lava-Jato” Network: Corruption and Money Laundering in Brazil’, *The Global Observatory of Transnational Criminal Networks – Working Paper No. 29. VORTEX Working Paper No. 43*, pp. 1-105, 2017, 2018. Disponível em: 10.13140/RG.2.2.18911.15523. Acesso em: 22 dez. 2020.

SAMPAIO, A. How Brazil’s Left Destroyed Itself, *Foreign Policy*, 13 May 2016. Disponível em: <<https://foreignpolicy.com/2016/05/13/how-brazils-left-destroyed-itself-dilma-rousseff-impeachment/>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SCHWARCZ, L; STARLING, H. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SHALDERS, A. Metade do país é contra a prisão de Lula, mas 69% acham que ele está envolvido com corrupção, diz pesquisa’, *BBC Brasil*, 14 April 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43761982>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos’, 7 November 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359>>. Acesso em: 25 nov. 2019.



TOBOLOWSKY, Z. Comment: Brazil Finally Cleans Up Its Act with the Clean Company Act: The Story Of A Nation's Long-Overdue Fight Against Corruption', *Law and Business Review of the Americas*, vol. 22, n. 4, p. 383-416, 2016. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lbramrca22&i=413>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

TORON, A. O direito de defesa na Lava Jato, *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, n. 122, p. 15-41, 2016.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21st century*, report, 2019. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

VALOR ECONÔMICO. As 1.000 maiores, 2019. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/valor1000/2019/ranking1000maiores>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

VENTURINI, L; ARAGÃO, A. Lava Jato: a origem e o destino da maior operação anticorrupção do Brasil, *Nexo*, 16 March 2018. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/explicado/2018/03/16/Lava-Jato-a-origem-e-o-destino-da-maior-opera%C3%A7%C3%A3o-anticorrupt%C3%A7%C3%A3o-do-pa%C3%ADs>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

WORLD BANK. *Helping countries combat corruption: the role of the World Bank*, report, 1997. Disponível em: <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corrupt/coridx.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2019

WORLD BANK. *World Development Indicators*, report, 2018. Disponível em: <<https://datacatalog.worldbank.org/dataset/gdp-ranking>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

Submissão: 22/12/2020

Aceito para Publicação: 22/12/2020



VINHETAS DE ISTAMBUL: OBSERVANDO O FUNCIONAMENTO COTIDIANO DO DIREITO INTERNACIONAL*

ISTANBUL VIGNETTES: OBSERVING THE EVERYDAY OPERATION OF INTERNATIONAL LAW

Luis Eslava **

RESUMO: Através de uma série de vinhetas fotográficas da vida cotidiana em Istambul, este artigo explora o Direito Internacional além dos eventos e locais excepcionais frequentemente associados a ele. O artigo desafia o enquadramento do Direito Internacional como um campo estreito de ação e, em vez disso, destaca seu papel expansivo na constituição do nosso mundo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional. Fotografia. Funcionamento cotidiano do direito internacional. Teoria do direito internacional. Antropologia do direito internacional.

ABSTRACT: Through a series of photographic vignettes of everyday life in Istanbul, this article explores international law beyond the exceptional events and sites often associated with it. The article challenges international law's enframing as a narrow field of action and instead highlights its expansive role in the constitution of our world.

KEYWORDS: International law. Photography. Everyday operation of international law. International Legal Theory. Anthropology of international law.

SUMÁRIO: Introdução. A abertura do direito internacional. A tração do direito internacional. Direito internacional como enquadramento. Conclusões. Referências.

44

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional, assim como a fotografia, envolve uma forma de observar o mundo e uma forma de categorizar o que vale a pena olhar. É importante ressaltar que ambos o Direito Internacional e a fotografia tendem a atrair nosso olhar para eventos e locais excepcionais, muitas vezes deixando de lado o que consideram comum ou cotidiano. Eles

* Artigo originalmente publicado na língua inglesa na *London Review of International Law*, v. 2, n. 1, 2014, p. 3-47. Traduzido para o português por Alessandro Hippler Roque e Gabriel Lee Mac Fadden Santos, revisado por Matheus Gobbato Leichtweis.

** Professor de Direito, Kent Law School, The University of Kent, em Canterbury, no Reino Unido, e Senior Fellow, Melbourne Law School, The University of Melbourne. E-mail: l.eslava@unimelb.edu.au. Doutor pela University of Melbourne, na Austrália. Eu escrevi este artigo como Visiting International Law Scholar na Adelaide Law School, e pesquisador convidado no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. O gentil apoio que recebi dessas instituições contribuíram enormemente para a finalização deste texto. O componente de trabalho de campo para este artigo foi possível graças à minha participação no workshop Study Space VI: Istanbul, Planning for Disaster (abril de 2013). O Center for Comparative Study of Metropolitan Growth (Georgia State University) e o Institute for Global Law and Policy (Harvard Law School) generosamente patrocinaram minha participação neste evento. Devo agradecer Laura Griffin, Rebecca LaForgia, Sundhya Pahuja, Rose Parfitt, Charlotte Peevers e quatro anônimos revisores pela leitura atenta das primeiras versões deste artigo. Anne Hughes contribuiu com ideias, questões-chave, paciência e sugestões editoriais. Todas as fotografias do autor.



funcionam, desta forma, como tecnologias de *enquadramento*¹. Eles são mecanismos através dos quais o mundo é visto, apreendido e construído de acordo com parâmetros que são sobrepostos às nossas realidades circundantes. Ao fazer isso, eles organizam o mundo e nossas respostas políticas a ele.

Susan Sontag explorou essas preocupações em relação à fotografia em sua célebre coleção de ensaios sobre o assunto publicada entre 1973 e 1977 no *New York Review of Books*. Nesses ensaios, ela argumenta que o ato de capturar a realidade por meio da câmera fotográfica tornou-se uma espécie de compulsão coletiva². Segundo Sontag, a facilidade de tirar fotos, acompanhada pelo impulso voyeurístico do observador, produziu uma proliferação infinita de fotos e uma subsequente mercantilização da realidade sendo capturada – um processo que, pode-se argumentar, só foi exacerbado pela chegada da tecnologia digital nos últimos anos³.

Na opinião de Sontag, o número crescente de fotografias em circulação tem, desta forma, não simplesmente entrincheirado dentro dos sujeitos uma "relação voyeurística crônica" com o mundo ao seu redor⁴. Nas intermináveis tiradas de fotos, a excepcionalidade de qualquer realidade também foi gradualmente entorpecida e finalmente neutralizada. O resultado desse processo duplo é que se tornou cada vez mais difícil para nós apreciar as dimensões adequadas de temas tão icônicos do registro fotográfico contemporâneo como pobreza, desempoderamento social e decadência ambiental. Por meio de sua captura fotográfica, esses fenômenos tornam-se objetos de consumo, que precisam cada vez mais satisfazer um público sempre distante e que exige persistentemente imagens mais fortes e excepcionais. Portanto, correndo em conjunto com o aumento da "excepcionalização" do que é considerado digno de ser visto, a extrema proliferação de fotografias também nega nossa capacidade de compreender a conexão estrutural que existe entre eventos aparentemente comuns e aqueles momentos que ainda são considerados excepcionais. Na própria voz de Sontag,

¹ Ver, especialmente, sobre a ideia de enquadramento HEIDEGGER, Martin. *The Question of Technology and Other Essays*. New York: Harper Torchbooks, 1982, p. 3-35. Ver, sobre o enquadramento como uma técnica moderna de governança, MITCHELL, Timothy. Everyday metaphors of power. *Theory and Society*, v. 19, p. 545-577, 1990.

² SONTAG, Susan. *On Photography*. London: Penguin, 1977.

³ Ver, por exemplo, RITCHIN, Fred. *After Photography*. New York: W. W. Norton, 2009; MÖLLER, Frank. Photography after Empire: Citizen-Photographers or Snappers on Autopilot?. *New Political Science*, v. 32, n. 4, p. 501-513, 2010.

⁴ SONTAG, Susan. *On Photography*. London: Penguin, 1977, p. 11.



[A] própria insaciabilidade do olho que fotografa muda os termos do confinamento na caverna, nosso mundo. Ao ensinar-nos um novo código visual, as fotografias alteram e ampliam nossas noções sobre o que vale a pena olhar e o que temos o direito de observar. Elas são uma gramática e, ainda mais importante, [elas envolvem] uma ética de ver.⁵

Tirar fotos individuais e a atividade fotográfica como um todo são, portanto, parte de um exercício mais amplo de enquadramento da realidade. Como um exercício de enquadramento, a fotografia traz consigo uma economia visual particular, que dita porque alguns eventos, e não outros, são considerados excepcionais e merecem ser capturados, e como esses eventos são finalmente registrados e reproduzidos dentro dos limites do quadro fotográfico.

Abordar a fotografia como uma técnica de enquadramento levanta vários problemas importantes. Por exemplo, revela como a fotografia afeta nossa apreciação do passado e do presente, e expõe o caráter liminar que a realidade passou a ocupar em nosso tempo⁶. No entanto, compreender a fotografia através da ideia de enquadramento levanta uma questão ainda mais fundamental. Essa é a questão de como podemos superar o impulso atual de excepcionalismo para reapropriar o ato de observar e avaliar nossas realidades imediatas. Em outras palavras, como podemos subverter aquelas modalidades de enquadramento que parecem perpetuar nossa arraigada preocupação com eventos excepcionais? Como podemos aprender novamente a prestar a devida atenção ao nosso ambiente cotidiano e sua conexão estrutural com a mecânica mais ampla do mundo e seus problemas?⁷

As percepções e questões que emergem do exame da fotografia como uma técnica de enquadramento conversam de perto com a maneira pela qual o Direito Internacional é frequentemente abordado – e como muitas vezes se apresenta – em relatos populares e acadêmicos. Em um processo constante de reificação e recuperação, o Direito Internacional frequentemente ocupa nessas leituras a parte superior das taxonomias jurídicas e tende a ser colocado apenas em espaços removidos e em eventos extraordinários. Assim como os fotógrafos e os consumidores de seus produtos ficaram presos em uma relação circular em que

⁵ SONTAG, Susa. *On Photography*. London: Penguin, 1977, p. 3-11.

⁶ Susan Marks explicou essa marginalização da realidade em termos da promoção da superfluidez pelas atuais ordens política, econômica e legal. MARKS, Susan. Law and the Production of Superfluity. *Transnational Legal Theory*, v. 2, n. 1, p. 1-24, 2015.

⁷ Essa questão em particular se tornou central nos trabalhos recentes de Sontag. Ver, especialmente, SONTAG, Susan. *Regarding the Pain of Others*. New York: Picador, 2004.

novas fotos continuamente reduzem o escopo do que vale a pena ver, produzindo um desejo por imagens cada vez mais excepcionais, também os observadores do Direito Internacional são frequentemente incapazes de ir além das descrições excepcionais e orientadas para crise e eventos que definem o campo, como cúpulas globais, intervenções internacionais ou o mais recente tribunal penal internacional⁸. E, como as fotografias, essas crises e eventos excepcionais tornaram-se progressivamente mais espetaculares ao longo dos anos. Mesmo eventos internacionais do passado estão sendo remodelados como mais extraordinários do que realmente eram, como ícones que representam os próprios significado e propósito do Direito Internacional. A Paz de Vestfália e o estabelecimento das Nações Unidas ou da Organização Mundial do Comércio são talvez os melhores exemplos dessa tendência⁹.

Embora o envolvimento com esses locais abertamente internacionais e com eventos e normas significativos seja muito importante, também é necessário perceber que, ao compreender o Direito Internacional apenas nestes termos, a comunidade jurídica internacional confirma sua autoridade para enquadrar certos eventos como significativos e com necessidade de atenção internacional, enquanto enquadra muitos outros eventos como ocorrências cotidianas, domésticas, de ordem inferior. Mas essa distinção entre o internacional e o cotidiano é artificial em pelo menos duas maneiras notáveis. Primeiro, a prática legal internacional envolve – como profissionais prontamente atestariam – muitas rotinas mundanas como parte de sua operação. Alguns exemplos incluem: elaboração de relatórios, processos judiciais crescentes, procedimentos burocráticos e longas reuniões institucionais. Em segundo lugar, e mais importante para minha análise neste artigo, a maioria das normas internacionais e atividades institucionais visam moldar a vida cotidiana das pessoas e suas geografias locais¹⁰. E isso ocorre, na maioria das vezes, por meio das normas e instituições domésticas. Isso é o que chamo de *funcionamento cotidiano do Direito Internacional*.

⁸ Ver, especialmente, ORFORD, Anne. Embodying Internationalism: The Making of International Lawyers. *Australian Year Book of International Law*, v. 19, 1998, p. 1-34. CHARLESWORTH, Hilary. International Law: A Discipline of Crisis. *The Modern Law Review*, v. 65, n. 3, p. 377-392, 2008, p. 385-386. Ver também ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, v. 45, n. 2, p. 195-221, 2012.

⁹ JOHNS, Fleur; JOYCE, Richard Joyce; PAHUJA, Sundhya (eds.). *Events: The Force of International Law*. Abingdon: Routledge, 2011.

¹⁰ A American Society of International Law se engajou com este impulso do Direito Internacional para moldar a vida cotidiana das pessoas por meio do projeto de pesquisa *International Law: 100 Ways It Shapes Our Lives*. A iniciativa multimídia que resultou deste exercício está disponível em <<http://www.asil.org/education/100-ways>> (último acesso em 20 de dezembro de 2013).

Independentemente dessa ampla operação no nível doméstico, o Direito Internacional continua a ser entendido como coeso, autocontido e, acima de tudo, intrinsecamente poderoso, não em decorrência de sua onipresença na vida cotidiana, mas por sua presença imediata ou suas ausências calculadas. Como Annelise Riles argumentou, o enquadramento que distingue entre preocupações e momentos relevantes (globais/internacionais/superiores/extraordinários) e não tão relevantes (locais/domésticos/inferiores/cotidianos) está no âmago da disciplina. Por meio desse enquadramento, o Direito Internacional fundamenta sua própria identidade e ganha sua capacidade de promulgar reivindicações normativas sobre o mundo em geral¹¹.

Argumento neste artigo que um modo diferente de investigação pode fornecer um corretivo útil para nossa distração sistemática em relação à operação doméstica cotidiana do Direito Internacional. Com a ajuda de um punhado de vinhetas fotográficas da vida cotidiana em Istambul, discuto como o Direito Internacional funciona através de normas nacionais e locais, práticas administrativas e espaciais, artefatos comuns e atividades diárias¹². Mostro como a observação atenta de fenômenos dessa natureza pode nos ajudar a tomar consciência de um universo de locais humanos e físicos que são constantemente moldados pela ordem jurídica internacional, embora ainda sejam formalmente enquadrados como externos à disciplina jurídica internacional. Também considero as percepções metodológicas, doutrinárias e políticas que emergem de uma exploração da forma oblíqua em que o Direito Internacional entra na vida cotidiana. Com este exercício, estendo um convite que delinee com mais detalhes em outro lugar, para que estudiosos do Direito Internacional compartilhem a sensibilidade do *etnógrafo jurídico internacional* e se engajem na construção de uma *Antropologia do Direito Internacional* capaz de captar a operação do Direito Internacional dentro, mas também além dos “pequenos locais” excepcionais que aprendemos a associar ao campo¹³.

¹¹ Ver, especialmente, RILES, Annelise. The View from the International Plane: Perspective and Scale in the Architecture of Colonial International Law. *Law and Critique*, v. 6, n. 1, p. 39-54, 1995.

¹² Neste nível, o artigo oferece um quadro de referência para compreender o crescente interesse pelo papel das fotografias (em particular as fotografias não excepcionais) no Direito Internacional, um interesse claramente encapsulado na seção *Roaming Charges* do *European Journal of International Law*. Esta seção trouxe, desde 2011 (v. 22, n. 2) uma seleção de fotografias que falam de diferentes formas sobre Direito Internacional mas não pelas imagens de “pessoas baleadas; as devastações da poluição e todas as outras formas de fotojornalismo”. Ver, por exemplo: *Roaming Charges: Places of Destruction and Rebirth: A Remnant of the Kraków Ghetto Wall*. *European Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 1153-1156, 2013.

¹³ ESLAVA, Luis. Local Space, Global Life: *The Everyday Operation of International Law and Development*. Tese de Doutorado – University of Melbourne, 2012. Ver também ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, v. 45, n. 2, p. 195-221, 2012. Para uma revisão do campo da Antropologia do Direito Internacional, ver especialmente MERRY, Sally Engle. *Anthropology and International Law*. *Annual Review of*



A leitura de Direito Internacional que aqui proponho parte da ideia de que as normas internacionais e as práticas institucionais visaram historicamente constituir um tipo particular de ordem no mundo. Este exercício global de “ordem constitutiva” foi implementado, como mostrou Anne Orford, com base em promessas universais que dependem de uma série de formas de autoridade e processos mundanos para se concretizar¹⁴. Como tal, a organização do mundo executada sob a rubrica do internacional expandiu-se, por um lado, por meio de normas e instituições internacionais e, por outro lado, por meio de normas, processos, artefatos e formações espaciais e subjetivas nacionais e cada vez mais localizadas. Em todos esses locais, um processo de administração global e uma ordem normativa global – na qual as normas e instituições internacionais formais desempenham um papel fundamental – estão moldando permanentemente as realidades cotidianas. Nesse processo, a vida cotidiana é puxada para uma direção particular internacionalizada, enquanto ainda sendo amplamente enquadrada como um assunto doméstico¹⁵. Como discuto a seguir, nesse enquadramento de certas coisas como internacionais e muitas outras como cotidianas, formas indiretas de autoridade são propagadas, linhas de responsabilidade global rompidas e o potencial de resistência ao internacional é dispersado. Assim abordado, o Direito Internacional funciona tanto como um modo particular de visualização da realidade quanto como um regime constitutivo¹⁶. O Direito Internacional nos diz como devemos observar, compreender e agir no mundo, um mundo do qual ele já é uma parte íntima e o qual ele está constantemente constituindo em todos os níveis e em todas as dimensões. Com essa compreensão do Direito Internacional em mente, exploro as seguintes questões nas três partes principais deste artigo:

49

Anthropology, v. 35, p. 99-116, 2006. Eu volto para o entendimento de Merry sobre o campo da Antropologia do Direito Internacional nas conclusões deste artigo.

¹⁴ ORFORD, Anne. Constituting Order. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 271-289.

¹⁵ O conceito de *puxar* refere-se à análise de Latour das funções constitutivas e diretivas do Direito. Ver, especialmente, LATOUR, Bruno. *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil D'Etat*. Cambridge: Polity, 2010.

¹⁶ Abordar o Direito Internacional como um regime constitutivo nos convida a examinar a ordem jurídica internacional não apenas como um projeto normativo ou como um produto de forças ideológicas, políticas e econômicas. Abordado através das lentes de uma teoria constitutiva do Direito, o Direito Internacional é tanto normativo quanto ideológico, e também material e performativo. Ver, por exemplo: HUNT, Alan. *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*. Abingdon: Routledge, 1993; POTTAGE, Alain; MUNDY, Martha (eds.). *Law, Anthropology and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; DELANEY, David. *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*. Abingdon: Routledge, 2010.



- (i) Onde podemos observar o Direito Internacional em seu funcionamento doméstico rotineiro?
- (ii) Quais são os efeitos do funcionamento cotidiano do Direito Internacional na vida cotidiana?
- (iii) O que tudo isso significa para nossa compreensão do Direito Internacional e nosso envolvimento político com ele?

A cidade de Istambul é um lugar ideal para explorar essas questões por dois motivos. Istambul, como muitas outras cidades do Sul (como Bogotá ou Rio de Janeiro, ambas as quais estudei no passado) encontra-se no centro de um processo internacional no qual novas formas de vida global estão sendo criadas dentro de espaços locais, *via* normas locais e intervenções administrativas¹⁷. Istambul é diferente das outras cidades, no entanto, porque suas recentes transformações urbanas e sociais não são apenas o resultado dessa virada internacional mais ampla para a descentralização dos Estados-nação. São também o resultado da localização da cidade dentro de um país que passou por um intenso processo de ajuste neoliberal, cujo objetivo explícito é converter Istambul (a maior cidade e centro econômico da Turquia) em um local para a reprodução do capital e o emblema da prontidão do país para ser integrado à União Europeia¹⁸. A conjunção dessas forças geopolíticas e econômicas na cidade torna Istambul um local particularmente revelador para observar o Direito Internacional no nível cotidiano.

¹⁷ ESLAVA, Luis. Local Space, Global Life: *The Everyday Operation of International Law and Development*. Tese de Doutorado – University of Melbourne, 2012. Ver também ESLAVA, Luis. Decentralization of Development and Nation-Building Today: Reconstructing Colombia from The Margins of Bogota. *Law and Development Review*, v. 2, n. 1, p. 283-366, 2009; ESLAVA, Luis. “I Feel Like a Dog with the Tail between its Legs”: On the Limits of Protest and Urban Law in Our Decentralized World. In: SIRCAR, Oishik *et al.* (eds.). *Human Rights Beyond the Law*. Oxford: Oxford University Press. No prelo; ESLAVA, Luis; DIAS, Maria Clara. Horizons of Inclusion: Life Between Laws and Developments in Rio de Janeiro. *Inter-American Law Review*, v. 44, n. 2, p. 177-218, 2013.

¹⁸ A população de Istambul ultrapassa 15 milhões de residentes e gera, por exemplo, mais de 40% das receitas fiscais da Turquia e 50% das exportações do país (OECD. *OECD Territorial Reviews: Istanbul, Turkey*. Policy Brief. 2008. Sobre a transformação neoliberal da Turquia, ver: ATASOY, Yildiz. *Islam’s Marriage with Neoliberalism: State Transformation in Turkey*. London: Palgrave Macmillan, 2009. Sobre as tensões urbanas geradas em Istambul como um resultado da transformação neoliberal da Turquia, ver, por exemplo, UYSAL, Ulke Evrim. An urban social movement challenging urban regeneration: The case of Sulukule, Istanbul. *Cities*, v. 29, n. 1, p. 12-22, 2012; KUYMULU, Mehmet Barış. Reclaiming the right to the city: Reflections on the urban uprisings in Turkey. *Cities*, v. 17, n. 3, p. 274-278, 2013.



Outro fator que aponta Istambul como um local ideal para tal estudo pode estar ligado às mobilizações sociais que lá ocorreram em maio de 2013, desencadeadas pela violenta remoção, por policiais, de ativistas que reivindicavam seu direito à cidade no Parque Taksim Gezi. Em questão de poucos dias, o público da mídia global foi cativado pelo que foi descrito como uma nova iteração da Primavera Árabe, de *Los Indignados* e do movimento *Occupy*. No imaginário (jurídico) internacional, os eventos de maio de 2013 rapidamente se tornaram o novo local internacional extraordinário digno de atenção. Como tal, eles foram instantaneamente encapsulados, ou, eu preferiria dizer, enquadrados – assim como os protestos na Tunísia, no Egito, na Espanha, na Grécia, ou aqueles no Brasil foram uma semana depois – como levantes populares espontâneos exigindo respeito pelos direitos humanos e pelos ideais globais de desenvolvimento econômico, democracia e Estado de Direito¹⁹.

Quando visitei Istambul para conduzir meu trabalho de campo e reunir as imagens para este exercício um mês antes dos protestos, no entanto, a cidade ainda era vista de uma maneira muito diferente pela mídia global. Nesse ponto, a imagem internacional de Istambul era a de uma grande cidade global emergente, com um espírito cosmopolita e uma economia florescente. Era, acima de tudo, um destino querido por turistas internacionais. Na última manhã da minha visita, li em um jornal local que Istambul registrara um recorde de dez anos no número de turistas, com quase um milhão de visitantes à cidade durante o primeiro trimestre de 2013²⁰. Portanto, foi outra cidade globalmente mercantilizada, altamente fotografada e altamente neutralizada.

¹⁹ Ver, por exemplo, The March of protests. *The Economist*, 2013. Disponível em <<http://www.economist.com/news/leaders/21580143-wave-anger-sweeping-cities-world-politicians-beware-march-protest>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013; DOMBEY, Daniel. Istanbul shaken by fresh violence. *Financial Times*, 2013. Disponível em <<https://www.ft.com/content/be7e8c18-d5eb-11e2-9dbd-00144feab7de>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.

²⁰ Istanbul hits decade-high in tourist numbers. *Hürriyet Daily News*. Disponível em <<http://www.hurriyetaidailynews.com/istanbul-hits-decade-high-in-tourist-numbers.aspx?pageID=238&nID=44186&NewsCatID=349>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.



Figura 1. Desejo fotográfico em Istambul.

Outro exemplo de como a promessa de desenvolvimento pode ocorrer hoje em nível local. (Ver a Figura 1)

Ciente das complicações envolvidas nessas reivindicações, visitei Istambul e tirei minhas fotos enquanto observava as tensões estruturais que já existiam sob a superfície da cidade. Os resultados de minha viagem, portanto, nada tinham em comum com as imagens espetaculares e comoventes da valente juventude turca ou com as imagens terríveis de ações violentas da polícia que inundaram as telas de televisores e computadores em todo o mundo apenas um mês depois. Em vez disso, voltei para casa com uma coleção de retratos da vida cotidiana: fotografias comuns que uma vez “exploradas conscientemente” – como diria Walter

Benjamin – se tornam prolegômenos dos graves antagonismos que surgiram durante os eventos no Parque Taksim Gezi algumas semanas depois²¹.

A ABERTURA DO DIREITO INTERNACIONAL

Desde as primeiras encarnações do Direito Internacional como *Jus Gentium* e *Jus Publicum Europaeum*, e até mesmo desde 1789, quando Jeremy Bentham cunhou pela primeira vez o termo que usamos hoje, o Direito Internacional se expandiu muito além de suas origens europeias – além de Salamanca, Osnabrück, Münster, Berlim, Viena, São Francisco e Nova York²². Em sua consolidação como a lei entre e acima das nações, ao longo de um período que vai desde o início do empreendimento colonial no século XVI até sua institucionalização formal após a Segunda Guerra Mundial, o Direito Internacional europeu original substituiu os modos anteriores de regular o encontro entre os povos em todas as regiões e culturas. Nesse processo, o Direito Internacional europeu tornou-se supostamente um Direito Internacional “universal”²³. Em *The Elements of International Law, With an Account of its Origins, Sources and Historical Development* (1903), de George B. Davis, encontramos um encapsulamento nítido da justificativa que apoiou esta expansão do *Jus Publicum Europaeum* e seu domínio sobre outras formas de relações jurídicas entre comunidades. De acordo com Davis,

[a]s monarquias orientais absolutas e grosseiramente organizadas eram intolerantes com a própria existência de nações vizinhas e viviam em um estado de guerra constante com elas. De nações distantes, eles nada sabiam. [Nessas condições], era impossível que uma ciência semelhante ao Direito Internacional pudesse ter existido entre elas²⁴.

O movimento em direção à universalização do Direito Internacional não implicou apenas que uma forma particular de raciocínio jurídico ganharia uma posição de domínio nas relações globais. Mais do que isso, essa universalização desempenhou um papel central na

²¹ BENJAMIN, Walter. *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*. 1913. Disponível em <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.

²² JANIS, Mark Weston. Jeremy Bentham and the Fashioning of “International Law”. *The American Journal of International Law*, v. 78, n. 2, p. 405-418, 1984.

²³ PAHUJA, Sundhya. *Laws of Encounters: A Jurisdictional Account of International Law*. *London Review of International Law*, v. 1, n. 1, p. 63-98, 2013.

²⁴ DAVIS, George Breckenridge. *The Elements of International Law, With an Account of its Origins, Sources and Historical Development*. New York: Harper & Brothers, 1903, p. 4.

própria constituição do nosso mundo, em termos materiais e sociais, e em todos os níveis – um mundo que desde o início se considerou incompleto e que precisava ser ordenado e dominado²⁵. No manual clássico de TJ Lawrence, *The Principles of International Law* (revisado por Percy H. Winfield para sua sétima edição em 1923), o papel do Direito Internacional na formação do mundo em uma forma particular foi explicado como o resultado natural da posição da Europa na vanguarda da história humana.

O Direito Internacional, como o conhecemos, é um sistema de regras para a orientação de poderes civilizados. Surgiu originalmente na Europa e estendeu sua autoridade a Estados fora das fronteiras europeias à medida que se adaptavam à civilização europeia²⁶.

O testemunho mais saliente da expansão do Direito Internacional foi, como resultado, a disseminação do Estado-nação europeu vestfaliano em todo o mundo. Isso ocorreu como resultado da formação de Estados coloniais e posteriormente pós-coloniais, da desarticulação de grandes corpos políticos em nações menores e da recuperação de antigos impérios espalhados em Estados-nação próprios – a rearticulação do núcleo do Império Otomano no Estado contemporâneo da Turquia, com a assinatura em 1923 do Tratado de Lausanne, sendo um bom exemplo deste último. O nascimento de tais Estados sempre foi um assunto intensamente jurídico e uma confirmação de como o Direito Internacional europeu passou a regular – por meio da própria forma do Estado-nação – o mundo como um todo²⁷. Nosso passaporte nacional, aquele que precisamos carregar em nossos bolsos para deixar nossos países de origem e visitar nações estrangeiras, é uma poderosa prova disso, do nosso mundo atual de Estados-nação e sua ordem jurídica internacional²⁸. (Ver a Figura 2)

54

²⁵ Mark Mazower confirmou recentemente esta conexão crucial, embora muitas vezes inexplicada, entre o Direito Internacional e a constituição do mundo contemporâneo. Ver, especialmente, MAZOWER, Mark. *Governing the World: The History of an Idea*. London: Penguin, 2012.

²⁶ LAWRENCE, Thomas Joseph. *The Principles of International Law*. 7th ed. London: Macmillan & Co., 1923, p. 14. Grifo meu.

²⁷ Ver, especialmente, BADIE, Bertrand. *The Westernization of the Political Order*. Palo Alto: Stanford University Press, 2000. Ver também SPRUYT, Hendrik. *The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of Systems Change*. Princeton: Princeton University Press, 1994; ANGHIE, Antony. Nationalism, Development and the Postcolonial State: The Legacies of the League of Nations. *Texas International Law Journal*, v. 41, n. 3, p. 447-463, 2006; NESIAH, Vasuki. Placing International Law: White Spaces on a Map. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 1-35, 2003.

²⁸ Sobre as origens e o poder dos passaportes, ver: TORPEY, John. *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

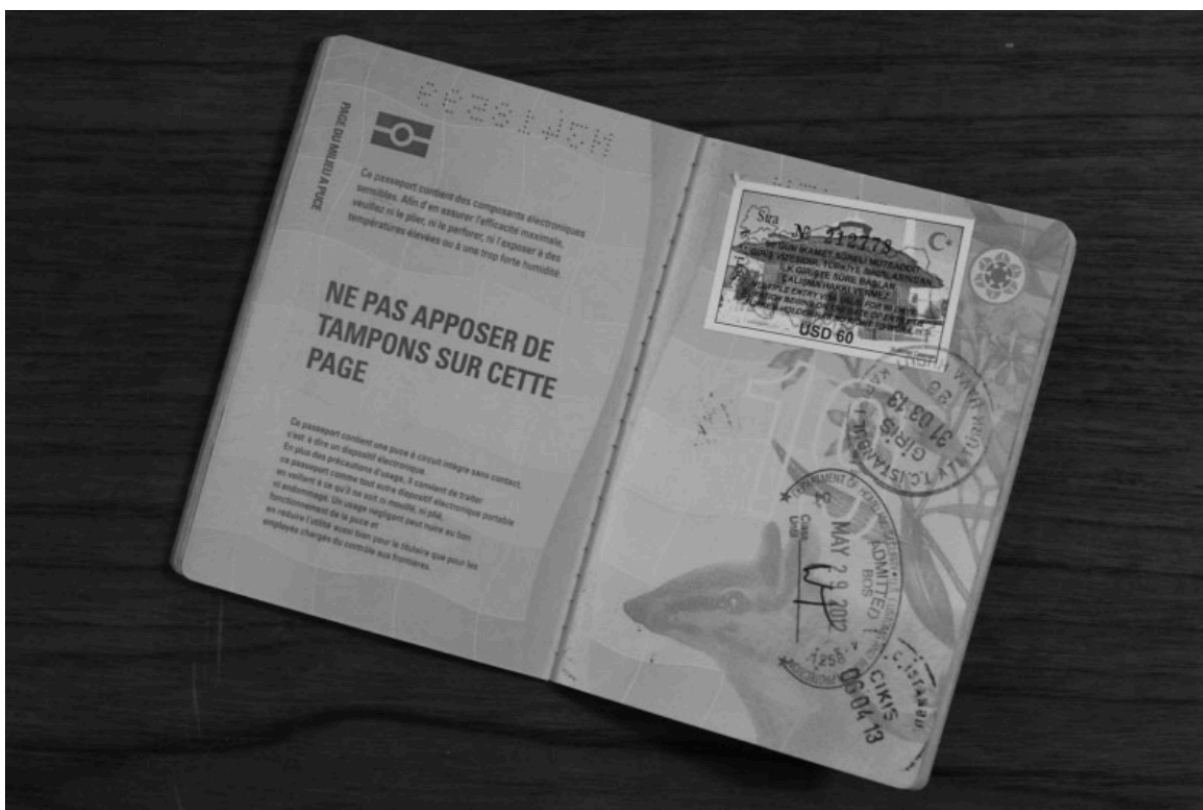


Figura 2. Um mundo internacional de nações e passaportes.

O Direito Internacional que surge com o aparecimento de Estados foi fortemente reafirmado em nossa era moderna na constituição do Estado-nação como uma categoria protegida do Direito Internacional na Carta das Nações Unidas (Art. 2º)²⁹. Com o princípio de não-intervenção nos assuntos nacionais, o Estado-nação foi confirmado em sua posição primordial no cerne do Direito Internacional e das relações internacionais. É por essa razão que as reivindicações nacionalistas, onde quer que sejam feitas, devem hoje ser lidas em conjunto com a arquitetura da ordem jurídica internacional. A posição central dos Estados-nação na ordem internacional deve ser entendida como tendo efeitos que vão além das relações diplomáticas e comerciais interestaduais, ações beligerantes e produção de normas internacionais. Pois os compromissos dos Estados-nação em “nível internacional” estão intimamente ligados ao funcionamento real e às transformações promovidas pelos Estados dentro de seus territórios nacionais e sobre seus cidadãos nacionais. Em 1943, por exemplo, no momento em que se discutia o formato das Nações Unidas, Gilbert Murray, um dos

²⁹ CRAWFORD, James. Sovereignty as legal value. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 119-120.



protagonistas da constituição da Liga das Nações, expressou esse nexos há tempos estabelecido, e àquele tempo já firme, entre estadismo externo e interno. De acordo com Murray,

O Estado moderno, embora agora definitivamente organizado até o último botão como uma máquina de matar, está muito mais à vontade no trabalho de organização construtiva, pesquisa econômica, serviço social, cuidado da saúde, provisão contra o medo e a necessidade. O tipo de trabalho que teremos de empreender, em meio a tantos perigos e em escala gigantesca, é exatamente o trabalho para o qual, em contraste com esses tempos anteriores, estamos esplendidamente equipados³⁰.

Como este trecho sugere, por ter a dupla qualidade de antepassado e descendente do Direito Internacional, deve-se entender que as práticas dos Estados-nação atualizam constantemente o Direito Internacional e seus dilemas, mesmo quando são realizadas por meio de leis e ações domésticas³¹. Neste processo, surge uma rotina de objetivos e obrigações internacionais dentro dos Estados-nação, facilitando um processo subsequente de internacionalização de dentro ou, o que poderíamos também chamar, de internacionalização autóctone. E isso ocorre por meio de atividades eleitorais e legislativas dos Estados, nas maquinações de suas burocracias administrativas e judiciais, na fanfarra glamorosa e nos eventos frequentemente violentos desencadeados por sua ansiedade em se desenvolver e competir no mercado global³². Nesses casos, os vieses que acompanham o funcionamento da ordem jurídica internacional acabam sendo replicados e multiplicados dentro dos Estados-nação³³. E é assim, mesmo quando o Estado se recusa a abandonar o caráter festivo em muitas dessas ocasiões, como podemos ver aqui nas Princess' Islands em Istambul durante a época de eleições. (Ver a Figura 3)

56

³⁰ Citado em MAZOWER, Mark. *Governing the World: The History of an Idea*. London: Penguin, 2012, p. 202.

³¹ Ver, especialmente, DARIAN-SMITH, Eve. *Law and Societies in Global Contexts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 179-183 e 378-383.

³² ESLAVA, Luis. *Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development*. Tese de Doutorado – University of Melbourne, 2012.

³³ Ver, sobre os vieses estruturais do Direito Internacional: KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009. Ver também ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Para um detalhado estudo sobre como vieses legais internacionais são replicados dentro dos Estados-nação, ver PARFITT, Rose. Empire des Nègres Blancs: The Hybridity of International Personality and the Abyssinia Crisis of 1935-36. *Leiden Journal of International Law*, v. 24, p. 849-872, 2011.



Figura 3. O Estado e suas rotinas.

De uma forma mais sutil, mas talvez mais resiliente, os Estados-nação também trazem à existência a ideia de um mundo internacional por meio de sua onipresença em nossa vida diária. É graças a essa presença silenciosa, mas endêmica, que os Estados-nação se tornam até capazes de dominar aqueles locais que acreditamos estarem além do oficial. Por trás da própria existência dos Estados-nação está, portanto, a capacidade de ocupar nossas ações, pensamentos, geografias e emoções sem permissão ou validação. É de sua natureza desrespeitar a política de hospitalidade³⁴. Seus *ethos* e elites, assim como seus sinais e símbolos, entram continuamente em nossas vidas sem anúncio prévio, pedindo reconhecimento imediatamente. Em eventos e espaços oficiais, mas também comuns, somos constantemente solicitados a fazer parte de um mundo internacional. É como resultado dessa performatividade cotidiana, embora ainda vigorosa, engendrada na existência do Estado-nação, que uma simples bandeira nacional, na popa de uma balsa urbana comum em Istambul, nos coloca novamente em uma comunhão persuasiva com aquele mundo que resultou do Direito Internacional. (Ver a Figura 4)

³⁴ DERRIDA, Jacques. Foreigner Question: Coming from Abroad/from the Foreigner. In: *Of Hospitality*: Anne Dufourmantelle invites Jacques Derrida to respond. Palo Alto: Stanford University Press, 2000.



Figura 4. A cidade, a bandeira, o mundo.

Em sua expansão geográfica, o Direito internacional superou, como resultado, aqueles locais que muitas vezes declaramos como epifenomenais da ordem normativa internacional. Ao fazê-lo, o Direito Internacional supera constantemente seu próprio enquadramento do cotidiano nacional ou mesmo do cotidiano doméstico como alheio ao internacional. Por meio de sua suposta universalização, o Direito Internacional ampliou seu escopo normativo e físico e se expandiu por meio de um número incalculável de campos jurídicos e domínios de



especialização e ação social e, ao fazê-lo, penetrou profundamente no tecido humano e material do mundo. Como o Direito em geral, o Direito Internacional não se limitou a seguir e guiar o empreendimento da “civilização”. Também, como disse Yfat Hachamovitch, desenvolveu a capacidade de murmurar “abaixo e dentro do demótico da vida cotidiana”³⁵.

A economia global que o Direito Internacional ajudou a criar garantiu ainda mais a infiltração do Direito Internacional em todo o reino do cotidiano. Por trás da maioria dos produtos que consumimos e dos serviços que utilizamos, é possível encontrar uma gama tumultuada de regulamentações econômicas internacionais, acordos regionais e investimentos comerciais multilaterais ou bilaterais. E mesmo quando este não é o caso, quando a ordem econômica internacional é restringida por tarifas e salvaguardas locais, o que encontramos são regulamentações nacionais que fazem os produtos parecerem nacionais quando na verdade eles têm a mesma probabilidade de nascer de íntimas e contínuas conversas entre as políticas locais e as forças do mercado internacional³⁶. Se os Estados-nação fundamentam grande parte da ordem normativa internacional diante de nossos olhos por meio de suas ações, normas, artefatos e parafernália (seus passaportes, disputas eleitorais e bandeiras), o sistema econômico global transforma o mundo em um mercado internacional dinâmico e extremamente viral. Os locais onde podemos observar a ordem normativa internacional operando através e dentro do Estado-nação se proliferam tremendamente assim que mudamos nosso olhar para o mercado. E que melhor local para testemunhar esta forte simbiose entre o mercado e a ordem internacional do que os bazares de Istambul – testemunhos duradouros de como os mercados se adaptam às transformações nacionais e globais, ao mesmo tempo que reúnem um mundo de produtos e povos diariamente. (Ver a Figura 5)

³⁵ HACHAMOVITCH, Yfat. Ploughing the Delirium. In: FÓTI, Veronique. *Merleau-Ponty: Difference, Materiality, Painting*. Amherst: Prometheus Books, 2000, p. 112-126.

³⁶ Ver, por exemplo, sobre o uso de flexibilidades da política comercial pela Turquia como resposta à crise financeira global, BOWN, Chad. Trade Policy Flexibilities and Turkey: Tariffs, Antidumping, Safeguards, and WTO Dispute Settlement. *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 6322, 2013.



Figura 5. Mercado viral.

A disseminação da ordem internacional por meio da economia global atingiu um novo nível de intensidade na era contemporânea. Da canonização pelos escolásticos espanhóis dos direitos privados, do direito de viajar e do comércio como elementos fundamentais da ordem jurídica internacional, ao internacionalismo de livre mercado de Grotius – e mais tarde de David

Ricardo e Adam Smith – ao presente compromisso com a liberalização internacional do comércio, a troca transnacional de mercadorias em todo o mundo tornou nosso mundo um só³⁷. Ao fazer isso, o sistema econômico global e o sistema de instituições internacionais e nacionais por trás dele, lenta mas seguramente desagregaram e reconectaram em novas formas os locais onde as mercadorias são produzidas, montadas e finalmente consumidas. Esta é a mesma mudança que Orford identificou recentemente como o incremental movimento nos últimos dois séculos de um império de expansão política e apropriação de terras para um império de circulação e administração econômicas³⁸. O Estado-nação foi transformado por meio desse processo em uma fonte de temas culturais e um capacitador institucional para que as trocas ocorram e os direitos sejam garantidos³⁹. A transformação neoliberal da Turquia nos últimos anos - que garantiu ao país um lugar no grupo CIVETS⁴⁰, rotulado pela mídia global como um “mercado aquecido para se observar” – é uma expressão icônica desta tendência generalizada⁴¹.

Extremamente ágeis e miméticas, mestras da camuflagem, as mercadorias podem parecer locais quando facilmente podem ser profundamente estrangeiras⁴². Como as laranjas valência, que se originaram na China, mas foram levadas para a Europa por viajantes portugueses e espanhóis, e agora são produzidas no Chile ou na Austrália com preços controlados no mercado internacional de futuros de commodities agrícolas, hoje lenços e *keffiyehs*⁴³ vendidos e usados em todo o Oriente Médio, Norte da África e além, são produzidos em linhas de montagem na China e no sudeste da Ásia. Eles são fabricados, transportados e

61

³⁷ KOSKENNIEMI, Martti. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, p. 1-36, 2011.

³⁸ ORFORD, Anne. *International Authority and the Responsibility to Protect*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 56. Ver, para uma análise sobre este ponto do trabalho de Orford, PEEVERS, Charlotte. Conducting international authority: Hammarskjöld, the Great Powers and the Suez Crisis. *London Review of International Law*, v. 1, n. 1, p. 131-140, 2013.

³⁹ Ver, por exemplo, COMAROFF, John; COMAROFF, Jean. Reflections on the Anthropology of Law, Governance and Sovereignty. In: VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet. *Rules of Law and Laws of Ruling: On the Governance of Law*. Abingdon: Routledge, 2009, p. 31.

⁴⁰ Nota de tradução: CIVETS é o acrônimo utilizado para designar países emergentes promissores. O grupo é composto por Colômbia, Indonésia, Vietnã, Egito, Turquia e África do Sul.

⁴¹ Analistas e acadêmicos identificaram nos últimos anos os países da CIVETS (Colômbia, Indonésia, Vietnã, Egito, Turquia e África do Sul) como mercados emergentes promissores, dadas suas políticas econômicas favoráveis e ao tamanho e idade de suas populações. Ver, sobre a Turquia como “mercado aquecido para se observar” mesmo após os eventos no Parque Taksim Gezi, ROSE, Gideon; TEPPERMAN, Jonathan. The Shape of Things to Come: Hot Markets to Watch. *Foreign Affairs*, v. 93, 2014.

⁴² Ver, por exemplo, MINTZ, Sidney. *Sweetness and Power: The Place of Sugar in Modern History*. London: Penguin, 1985; TOPIK, Steven; POMERANZ, Kenneth. *The World That Trade Created: Society, Culture and the World Economy, 1400 to the Present*. Armonk: M. E. Sharpe, 1999.

⁴³ Nota de tradução: trata-se de um cachecol de origem palestina.

vendidos de acordo com os preços ditados pelo mercado de trabalho global, estruturas de investimento financeiro direto e as vicissitudes do regime de comércio têxtil global que opera agora sob a OMC. Abordadas dessa forma, mercadorias se tornam artefatos arquetípicos de nossa realidade internacional enraizada. Desde seu modo de produção até seu embarque, exibição, comercialização e consumo final, as mercadorias locais expandem e consolidam a jurisdição do Direito Internacional muito além de nossas conceituações usuais. E fazem isso enquanto continuam parecendo domésticas, autóctones. (Ver as Figuras 6 e 7)



Figura 6. Economia de atacado.



Figura 7. Mercadorias locais e imitações.

Como objetos de troca que navegam pelo planeta através de torrentes de normas e níveis de governo, as mercadorias locais contêm dentro de si o mundo – um mundo que elas criam. Na qualidade de criadoras do mundo, as mercadorias redesenham geografias sociais

permanentemente, trazendo a ordem internacional à nossa porta e desenhando-a sobre nossos corpos, mudando e atestando o que queremos, onde trabalhamos, quanto ganhamos e como gostamos e sobrevivemos à vida. As mercadorias locais nos lembram claramente que a ordem normativa internacional é mais como um rico arquipélago de transações sociais e materiais do que um conjunto legal vertical organizado – mais malinowskiano do que kelseniano, mais horizontal do que piramidal⁴⁴. Longe de ser neutro ou ordenadamente encaixotado dentro de uma esfera jurisdicional particular, as mercadorias locais funcionam como recipientes e reprodutoras da história e do poder.

A entrelaçada imitação entre o internacional e o nacional, e entre a economia internacional e a global, é ainda mais complicada pelo papel atual das jurisdições locais na ordem internacional. Durante as décadas de 1970 e 1980, em um momento em que os Estados-nação e suas burocracias e indústrias estavam sendo submetidos a um intenso processo de ajuste estrutural, a ideia de mudar o projeto internacional do nacional para o local (isto é, para cidades e municípios) emergiu nos círculos de política internacional e discussões institucionais. Nesse ponto, o movimento de descolonização já havia alterado a face e a cor da ordem internacional, trazendo as reivindicações nacionalistas do Terceiro Mundo para o primeiro plano das discussões internacionais⁴⁵. Mas, paralelamente a essa reificação do Estado-nação no sistema mundial, os obstáculos da construção de nações também ficaram claros durante este período, particularmente no Sul Global.

Não foi apenas que a economia das nações do Sul foi construída ao longo dos séculos anteriores de forma que elas tinham pouca opção a não ser continuar como produtoras de commodities primárias. E não foi apenas que sua composição geográfica era frequentemente precária, dada a arbitrariedade que sustentava suas fronteiras coloniais⁴⁶. Além dessas preocupações, os governos nacionais do Sul também começaram a enfrentar um intenso

⁴⁴ Ver, especialmente, sobre a compreensão de Malinowski acerca da natureza do Direito Internacional como resultado de seu trabalho etnográfico no Pacífico, MALINOWSKI, Bronislaw. *Argonauts of the Western Pacific: An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea*. Abingdon: Routledge, 1922, p. 515. Comparar com KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. 2nd ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1966.

⁴⁵ PRASHAD, Vijay. *The Poorer Nations: A Possible History of the Global South*. London: Verso, 2012.

⁴⁶ Ver, especialmente, sobre o papel do princípio internacional de *uti possidetis juris* no estabelecimento de fronteiras coloniais como a forma de Estados recém-independentes/descolonizados: NESI, Giuseppe. *Uti possidetis Doctrine*. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em <<https://opil.ouplaw.com/home/MPIL>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.



escrutínio por parte de instituições internacionais a partir da década de 1970 devido à dívida acumulada, populações urbanas em rápido crescimento, falta de infraestrutura, altos níveis de informalidade e falta de presença em suas complicadas geografias humanas e físicas.

Embora esses problemas fossem em grande parte o efeito das primeiras relações coloniais e do projeto de desenvolvimento (que os governos do Sul abraçaram intensamente durante as décadas de 1950 e 1960 para atingir sua “modernização”), as preocupações em torno do “desenvolvimento desigual” dessas nações sublinharam a necessidade de uma remodelação de suas estruturas territoriais, políticas e administrativas⁴⁷. Assim, com o objetivo de consolidar seus projetos de construção nacional, a ideia de descentralização cristalizou-se nos discursos institucionais internacionais e passou a ser mobilizada pelas elites nacionais e locais de todo o Sul durante as décadas de 1980 e 1990⁴⁸. Este foi, é claro, um processo que também ocorreu nas nações do Norte, que já haviam embarcado em sua própria versão de ajuste estrutural neoliberal nessa época⁴⁹.

Hoje, as jurisdições locais passaram a ocupar um lugar importante, mas ainda ambivalente na ordem jurídica e institucional internacional⁵⁰. Elas estão cada vez mais recebendo novas obrigações de desenvolvimento internacional que estavam anteriormente sob o escopo de agências nacionais, mas continuam a operar como partes componentes dos Estados-nação. Como resultado, as jurisdições locais tornaram-se os espaços preferidos para finalmente tornar real a ideia de desenvolvimento internacional, mas isso está ocorrendo com muitas das anomalias que acompanharam a história do desenvolvimento nacional. Significativamente, essas anomalias se tornaram mais traiçoeiras em muitos casos, devido à insistência dos governos nacionais em tornar suas localidades mais competitivas globalmente e

⁴⁷ Ver, especialmente, sobre governos do Sul adotando o projeto de desenvolvimento: PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. O desenvolvimento desigual surgiu na literatura oficial durante a década de 1970. Ver, por exemplo: BATES, Robert H. *Patterns of uneven development: Causes and consequences in Zambia*. Denver: Monograph Series in World Affairs, 1974.

⁴⁸ Ver, sobre a base normativa e o uso generalizado de descentralização: ESLAVA, Luis. *Local Space, Global Life: The Everyday Operation of International Law and Development*. Tese de Doutorado – University of Melbourne, 2012. Ver também: ESLAVA, Luis. *Decentralization of Development and Nation-Building Today: Reconstructing Colombia from The Margins of Bogota*. *Law and Development Review*, v. 2, n. 1, p. 283-366, 2009.

⁴⁹ No caso da Inglaterra, ver, por exemplo: RUSTIN, Michael. *Restructuring the State*. *New Left Review*, v. 158, n. 1, p. 43 *et seq.*, 1986.

⁵⁰ Ver, por exemplo: BLANK, Yishi. *The City and the World*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, p. 875 *et seq.*, 2006; FRUG, Gerald Ellison; BARRON, David. *International Local Government Law*. *The Urban Lawyer*, v. 38, n. 1, p. 1-62, 2006; PORRAS, Ileana. *The City and International Law: In Pursuit of Sustainable Development*. *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 3, p. 537-601, 2009.



financeiramente sustentáveis. Além disso, as administrações locais e suas elites estão embarcando nesta transformação radical de seus territórios e residentes usando a aura ascendente de legitimidade e participação da comunidade desfrutada por projetos de desenvolvimento “locais”⁵¹.

O Estado turco não escapou, mas promoveu a descentralização tanto por meio de discursos de desenvolvimento internacional quanto como um elemento crucial da adaptação da nação para sua futura adesão à União Europeia⁵². Istambul tem estado no centro desse processo dado seu relevante papel político, econômico e fiscal na Turquia, e a longa história que liga o crescimento da cidade às vicissitudes do Império Otomano e à desruralização do país como resultado da modernização da república turca. Em Istambul, é possível testemunhar, portanto, os legados de uma longa história de esforços de modernização nacional e do recente impulso das autoridades locais para realizar finalmente o ideal de desenvolvimento (por exemplo, atraindo investimento estrangeiro e aumentando a competitividade local). O encontro dessas tendências criou uma cidade repleta de ambições e projetos de desenvolvimento, e seus efeitos em cascata frequentemente indesejados⁵³. (Ver as Figuras 8 e 9)

⁵¹ Ver, sobre uma avaliação crítica inicial da descentralização: SLATER, David. Territorial Power and the Peripheral State: The Issue of Decentralization. *Development and Change*, v. 20, n. 3, p. 501-531, 1989.

⁵² Ver, por exemplo: TOSUN, Mehmet Serkan; YILMAZ, Serdar. Decentralization, Economic Development, and Growth in Turkish Provinces. *Emerging Markets Finance & Trade*, v. 46, n. 4, p. 71-91, 2010; BAYRAKTAR, S. Ulas; MASSICARD, Elise. Decentralisation in Turkey. *Focales*, n. 7, p.102, 2012.

⁵³ Ver, por exemplo: KEYDER, Caglar. Globalization and Social Exclusion in Istanbul. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 29, n. 1, p. 124-134, 2005; FAWAZ, Mona M.; AKAR, Hiba Bou. Practicing (In)Security in the City. *City & Society*, v. 24, n. 2, p.105-109, 2012.



Figura 8. O internacional dentro.

67



Figura 9. O efeito do desenvolvimento.

Em Istambul, como em muitas outras cidades do Sul, a interconexão internacional-local está sendo garantida por meio da abertura dos mercados locais ao comércio internacional e aos fluxos financeiros, pelo uso extensivo atual de planos de desenvolvimento local, por programas locais de sustentabilidade fiscal e programas de revitalização urbana e linhas internacionais de crédito para municipalidades locais (via empréstimos com o Banco Mundial, bancos de desenvolvimento regional e o sistema financeiro internacional privado)⁵⁴. Os efeitos materiais e humanos dessas ações, planos e empréstimos mostram como as realidades locais estão sendo moldadas não apenas por seus governos nacionais, mas também pela ordem internacional⁵⁵.

Cidades como Istambul, que estão na vanguarda dessa nova atenção às jurisdições locais, estão se tornando conhecidas como cidades globais. Elas se tornaram centros financeiros, lugares ideais para especulação sobre o aluguel e vitrines para turistas internacionais. Como resultado, elas se tornaram recipientes e criadoras de capital transnacional, e fontes de renda para seus Estados-nação agora descentralizados. O resultado deste processo foi que essas cidades foram transformadas em lugares para uma elite global cada vez mais rica residir, enquanto as economias nacionais estão sendo desindustrializadas e as condições de trabalho das famílias trabalhadoras estão liberadas para se deteriorar⁵⁶. Olhando para o outro lado da estrada em Istambul, pode-se encarar uma intensa colagem de velhas e novas formas de acumulação de riqueza e poder. Essas formas antigas e novas falam sobre as diversas maneiras pelas quais Istambul tem sido usada para apoiar a construção de uma grande formação imperial, um projeto republicano e hoje um Estado-nação descentralizado – cada um desses momentos sendo enraizado em formas particulares de ordenação internacional e economia política global. A justaposição de um ônibus turístico (como os que vemos hoje em

⁵⁴ Ver, por exemplo, sobre a interação entre o Banco Mundial e a Turquia, em particular com Istambul: <<http://www.worldbank.org/en/country/turkey>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.

⁵⁵ Ver, por exemplo: TURAM, Berna. The Primacy of Space in Politics: Bargaining Rights, Freedom and Power in an İstanbul Neighborhood. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 409-429, 2013; KARAMAN, Ozan. Urban Renewal in Istanbul: Reconfigured Spaces, Robotic Lives. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 715-733, 2013.

⁵⁶ TURAM, Berna. The Primacy of Space in Politics: Bargaining Rights, Freedom and Power in an İstanbul Neighborhood. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 409-429, 2013; KARAMAN, Ozan. Urban Renewal in Istanbul: Reconfigured Spaces, Robotic Lives. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 715-733, 2013. Ver também, em perspectiva comparada, CALDEIRA, Teresa. *City of Walls: Crime, Segregation, & Citizenship in São Paulo*. Berkeley: University of California Press, 2001; DUPONT, Véronique D. N. The Dream of Delhi as a Global City. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 35, n. 3, p. 533-554, 2011.



muitas cidades globais) contra uma mesquita centenária revela, desta forma, os diferentes arranjos econômicos e políticos vividos na cidade, e quão imediata é a demanda por moradores para adaptarem-se à nova ordem. (Ver a Figura 10)



Figura 10. Espetáculos da internacionalização.

O processo de descentralização, portanto, transformou cidades como Istambul nas placas de Petri de nossos tempos globais⁵⁷. As transformações drásticas que ocorrem nessas cidades, e suas novas perspectivas, testemunham uma ordem internacional progressivamente localizada. Consequentemente, em cidades como Istambul as cicatrizes da atual reformulação das realidades locais de acordo com as mudanças globais nos modos de produção, circulação de riqueza e distribuição de poder são visíveis em todos os lugares. Em sua mundanidade e posição doméstica, entretanto, essas transformações continuam a se disfarçar como mais um conjunto de eventos ocorrendo dentro de uma jurisdição local, o resultado de outro empreendimento comercial, ou o resultado de outro plano governamental doméstico. Eles

⁵⁷ Ver, por exemplo: SASSEN, Saskia. Cities in Today's Global Age. *SAIS Review of International Affairs*, v. 29, n. 1, p. 3-34, 2009; PECK, Jamie; THEODORE, Nik; BRENNER, Neil. Neoliberal Urbanism: Models, Moments, Mutations. *SAIS Review of International Affairs*, v. 29, n. 1, p. 49-66, 2009.



aparecem na paisagem às vezes como inofensivos monstros da engenharia, estranhos à ordem normativa e institucional internacional, e externos à sua história de expansão. (Ver a Figura 11)



Figura 11. Gigantes localizados.

Mas basta alguém se aproximar, dar um pouco de zoom, para perceber o grande impacto que a atual internacionalização das cidades está tendo nos assuntos locais. Nos rastros dos deslocamentos sociais e culturais, nas janelas quebradas e nos passados drasticamente substituídos, nas realidades parcialmente encobertas deixadas pelos atuais projetos de revitalização urbana, em todos esses locais o observador se depara com a violência de localidades sendo reorganizadas para atender os caprichos estéticos ou funcionais de novas modalidades de acumulação de capital e poder. E aqui, mais uma vez, Istambul se tornou uma vitrine viva onde podemos testemunhar esse lado pouco romântico da ordem internacional atual operando no nível cotidiano. (Ver a Figura 12)



Figura 12. O internacional pouco romântico.

A TRACÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Uma vez que aceitamos o desafio de observar o Direito Internacional para além dos espaços e eventos abertamente “internacionais”, encontramos uma vasta gama de lugares em que a ordem internacional está presente. Em normas, processos, artefatos e formações espaciais e subjetivas nacionais – e, também, cada vez mais locais –, vemos rastros do funcionamento cotidiano do Direito Internacional. Entendido dessa maneira, o Direito Internacional aparece menos como um corpo de regras isoladas, produzidas por instituições hierarquicamente superiores ou contidas em eventos extraordinários isolados, e mais como um sistema normativo e institucional expansivo, que carrega consigo um certo tipo de bagagem material e de experiência⁵⁸.

O Direito Internacional, de acordo com esse ponto de vista, não só é uma força que anima o mundo ao nosso redor, mas também um agente de configuração do mundo, constantemente empurrando as realidades ao nosso redor em certa direção. Nesta seção eu concentro-me em alguns dos resultados desse direcionamento, os quais eu identifico como (i) legibilidade, (ii) autogestão e (iii) *upgrade* cultural. Tal como indica a última seção, esses três efeitos – por mais amplos e dinâmicos que sejam – dificilmente cobrem todas as possíveis transformações que se poderia notar quando se presta atenção ao funcionamento cotidiano doméstico da ordem jurídica internacional. Meu propósito em prestar atenção especificamente a esses três efeitos mencionados é simplesmente de oferecer um conjunto de possíveis pontos de partida que sirvam para avaliar que tipo de mundo resulta do funcionamento geral do Direito Internacional. Na próxima seção, eu avaliarei quais possíveis consequências derivam das transformações das realidades domésticas pelo Direito Internacional.

Ao longo de sua evolução, uma das características mais evidentes do Direito Internacional tem sido sua capacidade de gerar legibilidade, de produzir uma ordem global em que as coisas e os sujeitos são discerníveis para além de suas diferenças. O resultado de tornar as coisas e os sujeitos legíveis (ou visíveis) é permitir-lhes, eventualmente, ser unidos em estruturas de governança mais amplas. A história e o funcionamento do Direito Internacional poderiam ser entendidos, dessa maneira, como um esforço para criar uma ordem internacional em que a enorme diversidade humana e física do mundo se torne inteligível, no sentido de

⁵⁸ Ver, sobre Direito Internacional como um sistema, KOSKENNIEMI, Martti. The Empire(s) of International Law System Change and Legal Transformation. *Austrian Review of International and European Law*, v. 8, p. 61, 2003.



compreensível, palpável. Os antigos *Jus Gentium* e *Jus Publicum Europaeum*, por exemplo, foram utilizados para mediar os interesses das potências imperiais e suas diferenças culturais, que, ainda que vastas, eram controláveis. Esse sistema foi também aplicado, ao menos até certo ponto, às relações entre as potências europeias e aqueles que não eram considerados tão distantes de seu grau de civilização⁵⁹.

A necessidade de legibilidade tornou-se ainda mais importante, entretanto, quando o problema acerca das relações entre as potências centrais e aqueles tidos como selvagens e incivilizados entrou em discussão.⁶⁰ Confrontados com o que consideravam uma diferença radical, era importante gerar marcos mais sofisticadas para entender e posicionar indivíduos e territórios na ordem global. Por exemplo, tal como Jenny Beard e outros demonstraram, a contribuição dos valores judaico-cristãos, bem como a teleologia a eles associada, desempenharam uma função crucial na determinação da maneira com que os marcos normativos internacionais apoiaram a expansão do imperialismo europeu⁶¹. Tais valores e tal teleologia consideravam populações indígenas como potenciais filhos de Deus, aptos à conversão,⁶² e por consequência avaliavam seus territórios desconhecidos como áreas que deveriam ser trazidas à economia geográfica do Cristianismo. Como resultado desse processo pelo qual se transformou aqueles inicialmente incomensuráveis em legíveis, o Direito Internacional foi utilizado para criar um grande conjunto de dispositivos intervencionistas. Alguns exemplos históricos são o direito à conquista e o dever civilizatório, assim como os conceitos jurídicos dos protetorados, mandatos e zonas de influência. Como vimos na seção anterior, após o século XIX, tais conceitos europeus de Direito Internacional acabaram tomando o mundo à medida que o Estado-nação europeu se propagava pelo globo.

O processo pelo qual as populações e territórios tornam-se legíveis continua se expandindo através de mecanismos cada vez mais engenhosos.⁶³ Tais mecanismos podem ser sentidos em Istambul, assim como seus efeitos. Quando a cidade competia para ser a sede dos Jogos Olímpicos de 2020 (contra Tóquio e Madri), ficou claro, por exemplo, que esse processo

⁵⁹ Ver, por exemplo, BOWDEN, Brett. The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization. *Journal of the History of International Law*, v. 7, n. 1, p. 1-23, 2005.

⁶⁰ Ver, por exemplo, FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁶¹ BEARD, Jennifer. *The Political Economy of Desire: International Law, Development and the Nation State*.

⁶² Nota de tradução: *redeemable sons of God*. Abindgon: Routledge-Cavendish, 2006.

⁶³ O amplo uso internacional de medições é um bom exemplo. Ver, por exemplo, DAVIS, Kevin *et al* (eds.). *Governance by Indicators: Global Power through Classification and Rankings*. Oxford: Oxford University Press, 2012.



já começara a trazer consigo uma gama de práticas disciplinares de condão fiscal e estético direcionadas a tornar a cidade legível para uma audiência internacional e seus padrões normativos atuais⁶⁴. Se Istanbul tivesse sido bem-sucedida em sua candidatura, e se o governo tivesse “dado um passo além do esporte para fazer história” – como afirmou parte de sua proposta – a cidade teria sido objeto de uma mudança ainda mais profunda, consolidando seu status como uma cidade global, mas incitando o medo nos grupos sociais que ali vivem⁶⁵. (Ver a Figura 13)



Figura 13. Nós, 2020.

⁶⁴ Ver, por exemplo, sobre a função disciplinante de eventos globais, RUTHEISER, Charles. Making Place in the Nonplace Urban Realm: Notes on the Revitalization of Downtown Atlanta. In: LOW, Selma. *Theorizing the City: The New Urban Anthropology Reader*. New Jersey: Rutgers University Press, 1999; ROCHE, Maurice. The Olympics and “Global Citizenship”. *Citizenship Studies*, v. 6, n. 2, p. 165-181, 2002; EICK, Volker. A neoliberal sports event? FIFA from the Estadio Nacional to the fan mile. *Analysis of Urban Change, Theory, Action*, v. 14, n. 3, p. 278-297, 2010.

⁶⁵ Ver, por exemplo, BOYCOTT ISTANBUL 2020. *Report to the International Olympic Committee*. Disponível em: < <http://es.scribd.com/doc/166680741/Report-to-IOC>>. Último acesso em 20/12/2013.



Essa experiência indica, assim, que a necessidade de se obter legibilidade “internacional” faz com que sujeitos e territórios sejam compelidos a se adaptar forçadamente, se não de ser interpelados de acordo com padrões internacionais⁶⁶. Como tal, o apelo da legibilidade não só traz grandes unidades abstratas como o Estados-nação ou jurisdições locais para dentro de um regime específico de visibilidade, mas também atrela indivíduos e espaços específicos às flutuações da ordem global.

Esse processo de atrelamento espacial e individual ao mundo ocorre através dos sofisticados sistemas atuais de identificação individual, como cartões de identificação, passaportes eletrônicos, bancos de dados mundiais contendo dados pessoais, mecanismos de vigilância eletrônica, tecnologias biométricas e sistemas de planejamento e mapeamento digital⁶⁷. Esses instrumentos são amplamente endossados por instituições internacionais e compõem atualmente a espinha dorsal da administração governamental e privada do Norte e do Sul⁶⁸. É importante destacar que esses novos instrumentos vieram a reforçar tantos outros meios mais gerais e antigos, como o câmbio monetário ou padronizações de tempo, os quais, como os mecanismos mais novos, gozam de respaldo jurídico doméstico e internacional⁶⁹. Assim como o tempo articula nossos dias modernos cada vez mais cheios, ao menor dos detalhes, conforme outros acontecimentos em outras partes das nossas cidades, nações e do mundo, o câmbio monetário também sincroniza finanças individuais, domésticas e nacionais com as paixões da ordem econômica global. De forma interessante, o emprego desses mecanismos de legibilidade individual ocorre em um ambiente de tranquilidade naturalizada e é higienizado e isolado das questões envolvendo, por exemplo, a função disciplinar do tempo ou do dinheiro. O que observamos em nossas ruas, porém, são expressões de quanta fascinação o *ethos* mundial do tempo e do dinheiro continua a produzir. Nessas expressões, o sentimento de estar-se a par do mundo e imerso em câmbios monetários torna-se um objeto localizado do fetiche cosmopolita. (Ver as Figuras 14 e 15)

⁶⁶ ALTHUSSER, Louis. *On ideology*. London: Verso, 2008.

⁶⁷ CAPLAN, Jane; TORPEY, John. *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

⁶⁸ Ver, por exemplo, NAÇÕES UNIDAS. *Handbook on Geographic Information Systems and Digital Mapping*. 2000; BANCO MUNDIAL. *Information and Communications for Development: Extending Reach and Increasing Impact*. 2009; THE ECONOMIST. Identifying a Billion Indians. Disponível em <<http://www.economist.com/node/18010459>>. Último acesso em 20/12/2013.

⁶⁹ Ver, por exemplo, GUINOT, Benjamin. History of the Bureau International de l'Heure. *Polar Motion: Historical and Scientific Problems*, v. 208, p. 175-184, 2010; KNAFO, Samuel. *The Making of Modern Finance: Liberal Governance and the Gold Standard*. Abington: Routledge, 2013.



Figura 14. Mundo do tempo.

76



Figura 15. O sincronizador silencioso.

Destarte, o funcionamento cotidiano do Direito Internacional corre paralelamente ao movimento das realidades em direção a uma maior legibilidade internacional (trata-se de um movimento centrífugo, por assim dizer). Esse funcionamento também envolve a geração de tipos específicos de territórios e sujeitos. O objetivo, nesse caso, frequentemente, é produzir jurisdições e indivíduos nacionais e, mais recentemente, locais, que ainda sejam capazes de se autorregular em seus aspectos financeiros, sociais e ambientais. Assim, o movimento centrífugo da legibilidade vem acompanhado de um movimento centrípeto que tem como objetivo a produção de autogestão.

Como vimos acima, por trás da ideia de autodeterminação no caso de Estados-nação, ou de descentralização no caso de cidades e municipalidades, há uma tentativa de transformar essas jurisdições em unidades independentes de onde se possa exercer autoridade⁷⁰. Ainda que essa busca pela criação de jurisdições autogeridas e autorreguladas tenha uma longa história, o princípio da sustentabilidade financeira atualmente promovido pelo Fundo Monetário Internacional – por exemplo, através do Monitor Fiscal e seu novo sistema de vigilância bilateral e multilateral – atualizou essa urgência⁷¹. Similarmente às consequências que vimos sendo desencadeadas como resultado dos infames programas de ajuste estrutural nas últimas décadas, essa nova busca por sustentabilidade é frequentemente acompanhada pela redução de gastos sociais e pela privatização de bens públicos. Nesses casos, sujeitos individuais estão sendo chamados a fazer um “esforço fiscal” necessário para que se garanta a sustentabilidade de suas cidades, de suas nações e do mundo⁷². O objetivo, nesses casos, é gerar sujeitos capazes de internalizar suas responsabilidades cumulativas em face das diferentes jurisdições e dos diferentes níveis de governo em que eles se encontram situados.

A Turquia esteve na vanguarda dessa tendência, abraçando a ideia de autogerência e reestruturando sua economia em função dela. Assim como afirmou o Governador do FMI para a Turquia, Ali Babacan, na Conferência Anual de 2013 do Grupo do Banco Mundial e do FMI,

⁷⁰ Veja, neste esforço para exercer autoridade de dentro, FOCAULT, Michel. *Society Must Be Defended: Lectures at the College de France, 1975-1976*. London: Picador, 2003; ver também HINDESS, Barry. *Discourses of Power: From Hobbes to Foucault*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1996; JOYCE, Patrick. *The Rule of Freedom: Liberalism and the Modern City*. London: Verso, 2003.

⁷¹ Ver, especialmente, IMF. *Fiscal Monitor*. Disponível em <<https://www.imf.org/en/Publications/FM>>. Último acesso em 20/12/2013.

⁷² BIRD, Richard; VAILLANCOURT, François (eds.). *Fiscal Decentralization in Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.



O [FMI] deve estar a postos para apoiar, de maneira efetiva, as decisões referentes a políticas de países membros através de seu sistema de vigilância bilateral e multilateral... e para encorajar autoridades nacionais a compreender como suas políticas se encaixam e impactam [o] sistema econômico e financeiro mundial... [Neste contexto,] a Turquia provou que é possível atingir uma disciplina fiscal simultaneamente ao crescimento...⁷³

Por trás da dedicação da Turquia à autogerência há um compromisso público de encorajar a entrada de capital estrangeiro no país. Esse fluxo de capital foi conquistado através da venda sistemática de bens públicos móveis e imóveis, além da recepção de investimento estrangeiro na bolsa de valores de Istambul e na compra de títulos públicos. Ademais, concederam-se grandes empréstimos internacionais ao setor privado. Esse modelo baseado na privatização, liberalização e desenvolvimento atrelado a dívida (que se iniciou nos anos 80 e acelerou na última década) alterou de forma significativa o aparato econômico interno da Turquia, redirecionando novos recursos ao setor da construção civil com o intuito de “embelezar” as cidades – Istambul em particular. Isso transformou a vida na cidade e aprofundou as desigualdades urbanas, ao mesmo tempo em que obrigou todos os cidadãos a dividir o custo de uma nova economia cada vez mais cara, fortemente privatizada e endividada⁷⁴.

Na concatenação desses eventos, confirmou-se, talvez de forma contraintuitiva, a participação do povo em suas comunidades políticas. Todos se tornam parte de suas comunidades, ao menos que para o exercício da autogerencia e da sustentabilidade. Até mesmo cidadãos nos extremos da economia formal e do sistema jurídico podem encontrar uma oportunidade nesses momentos para atestar sua membridade em suas localidades e nações. À medida que governos se tornam mais disciplinados no que tocante a suas finanças, procedem, por exemplo, com grandes processos de regularização de assentamentos urbanos informais e de vendedores informais – atividades que foram recentemente celebradas pela Comissão das

⁷³ BABACAN, Ali. *Governor's Statement No. 9, 11 October 2013*. 2013 Annual Meetings World Bank Group — International Monetary Fund. Disponível em <<https://www.imf.org/external/am/2013/speeches/pr09e.pdf>>. Último acesso em 20/12/2013.

⁷⁴ Ver, especialmente, KUYMULU, Mehmet Baris. *From “Urban Renewal” to Urban Uprising and Back Again: The Gezi Protests amid “Economic Growth”*. Disponível em <<http://critcom.councilforeuropeanstudies.org/from-urban-renewal-to-urban-uprising-and-back-again-the-gezi-protests-amid-economic-growth/>>. Último acesso em 20/12/2013; SÖNMEZ, Mustafa. *What left to sell after \$54 billion of privatization*. Disponível em <<https://www.hurriyetdailynews.com/what-left-to-sell-after-54-billion-of-privatization-51486>>. Último acesso em 20/12/2013.



Nações Unidas para o Empoderamento Legal dos Pobres⁷⁵. De acordo com a Comissão, essas atividades não somente estendem o âmbito da legalidade e da legibilidade por toda a sociedade, mas também “oficializam” a riqueza dos pobres.

No caso de vendedores de rua, indivíduos que foram previamente considerados desinteressantes para a ordem oficial estão se tornando objetos de governos interessados em demonstrar o aumento do autocontrole sobre suas economias. Os vendedores recentemente levados à formalidade, agora oficialmente legíveis, servem como base e exemplo para a reprodução da autogestão, permeando jurisdições locais e nações – ou, ao menos, como testemunhos desse objetivo. É triste notar que esses atos de regularização raramente acrescentam algum valor ou melhoria concreta àqueles que foram regularizados – sejam eles vendedores informais ou moradores dos assentamentos urbanos informais que são cada vez mais atingidos por esse mesmo processo⁷⁶. Ao mesmo tempo, essa regularização frequentemente causa processos internos de diferenciação inesperados, fazendo com que vendedores e moradores formalizados convertam-se em guardiões, protegendo a cidade de comerciantes ainda menores, que ganham menos e são mais precários, assim como de novos habitantes ilegais⁷⁷. Nessa sequência de eventos usualmente agônica, as ações dos vendedores de rua e dos moradores de bairros previamente ilegais são moldadas de maneira que as ambições internacionais unam-se ao menor dos interstícios da vida cotidiana. As leis e os regulamentos internos – por exemplo, nas áreas do direito administrativo, do direito urbanístico e de planejamento urbano, da lei e da ordem, e da saúde pública – têm um papel crucial na solidificação desse novo estado das coisas. (Ver a Figura 16)

79

⁷⁵ UNDP. *Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor*. 2008.

⁷⁶ Ver, por exemplo, GILBERT, Alan. Extreme Thinking About Slums and Slum Dwellers: A Critique. *SAIS Review*, v. 29, n. 1, p. 35-48, 2009; GANDOLFO, Daniella. FORMLESS: A Day at Lima's Office of Formalization. *Cultural Anthropology*, v. 28, n. 2, p. 278-298, 2013.

⁷⁷ ESLAVA, Luis. Local Space, Global Life: *The Everyday Operation of International Law and Development*. Tese de Doutorado – University of Melbourne, 2012.



Figura 16. Grande e pequeno.

Para o observador externo, todo esse movimento na direção da autogerência está coberto por uma aura de normalidade. Esses processos de reestruturação econômica, formalização e seus efeitos colaterais são eventos que solidificam um novo (inevitável) passo na *longue durée* da modernidade e no desenvolvimento local e nacional. Entretanto, para vendedores informais e moradores de bairros periféricos envolvidos – ou não – nesses processos, nada há de ordinário, passivo ou inevitável sobre esses eventos. Numa cidade que se globaliza rapidamente, como Istambul, o movimento na direção da formalização e da autogerência está impedindo o funcionamento de um importante meio de integração para grande parte da população turca que continua a se mudar para a cidade por conta do êxodo rural e da desindustrialização da economia nacional.

A tolerância do setor informal de Istambul desempenhou um papel crucial na formação de uma classe média substancial ao longo da maior parte do século XX⁷⁸. Na situação atual, outrossim, com a cidade não só almejando formalizar sua economia, mas também rapidamente se movendo na direção da indústria dos serviços e de mercados especializados, uma grande

⁷⁸ KEYDER, Caglar. Globalization and Social Exclusion in Istanbul. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 29, n. 1, p. 124-134, 2005

parte da população pensa ser cada vez mais difícil encontrar um nicho no sistema econômico e no território da cidade em si. Está claro para aqueles que conseguem ser incluídos na formalização da economia e da cidade como suas vidas tornaram-se parte de grandes estruturas de governo e do sistema econômico. Como recentemente asseverou Ozan Karaman, a transformação urbana acontecendo em Istambul “não necessariamente procura deslocar moradores pobres”. Na verdade, tal transformação incorpora-os ao funcionamento de um sistema econômico, legal e financeiro formal que, por sua vez, transforma seus moradores de baixa renda em “robôs” funcionais⁷⁹. Ao mesmo tempo, a ordem jurídica internacional, para aqueles que permanecem informais, ilegíveis e fora do espectro de autogerência, também carrega suas vidas em uma direção específica, porém num caminho de sobrevivência econômica ainda mais estreito. (Ver a Figura 17)



Figura 17. Caminhos estreitos.

⁷⁹ KARAMAN, Ozan. Urban Renewal in Istanbul: Reconfigured Spaces, Robotic Lives. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 715-733, 2013.



O processo que torna legíveis e autogeridas certas jurisdições, certos povos e suas geografias, envolve, portanto, uma reconfiguração significativa das paisagens sociais e físicas. Na medida em que movimenta indivíduos e comunidades tanto para fora como para dentro, o funcionamento cotidiano do Direito Internacional confirma não simplesmente a abertura da ordem internacional, mas também a maneira como o Direito Internacional contribui para moldar os espaços das pessoas e sua autopercepção. Como vimos acima, essas transformações são frequentemente justificadas com a presumida impossibilidade de escapar da interação global, a necessidade de inovação técnica e crescimento econômico, e a busca por inclusividade política. Nada obstante, por trás dessas justificativas há, frequentemente, um forte anseio por um *upgrade* cultural.

Esse apelo hodierno por *upgrade* cultural tende a assumir a forma de uma convocatória para abraçar as mudanças que perpassam nosso mundo e que parecem inevitáveis. As estruturas e os costumes mais antigos parecem agora requerer renovação para que se tornem proficientes e para que estejam prontos para negociar um mundo que está permanentemente pedindo algo novo de espaços e hábitos que já existem. Esses apelos por *upgrades* culturais não são propalados simplesmente por teorias abstratas e por parâmetros técnicos, jurídicos e econômicos que se referem às maneiras em que as pessoas e os espaços devem transformar-se para se adaptar a um mundo que está mudando. Entretanto, isso é curioso, porquanto vivemos em tempos pós-coloniais e de autorreflexão. Em algumas ocasiões, ideias concretas de sociabilidade e de estética pessoal são apresentadas como referências para as transformações cotidianas. Assim como um *outdoor* mostrando um novo e grande projeto de moradias em Istambul demonstra, a ideia de *upgrade* cultural pode até mesmo assumir a forma de um casal jovem e branco aproveitando e curtindo o dia deitado na grama. (Ver a Figura 18)



Figura 18. Entre o real e o ideal.

Numa cidade localizada no meio do encontro tectônico entre diferentes civilizações, trajetórias históricas, e forças jurídicas e econômicas, a inclusão desse casal é uma recordação chocante de como o internacional jaz no seio do nosso cotidiano, de forma concreta e até mesmo racializada. A imagem é usada como um *proxy*⁸⁰ que convida quem a veja – potenciais

⁸⁰ NT: a palavra *proxy* significa procurador, intermediário ou representante. No contexto do artigo, o *proxy* é um meio para que se atinja um determinado fim.



compradores e outros – a sorrir com a possibilidade de tornar-se uma outra pessoa, algo bem distante do estereótipo turco, alguém talvez mais cosmopolita, mais “internacional”.

Interessante notar que o projeto de moradias promovido por esse anúncio é patrocinado pela TOKI, a Administração Turca de Habitação Popular.⁸¹ Hoje a TOKI é a construtora imobiliária⁸² mais poderosa do país, com autoridade para criar regras de zoneamento e regular a venda de propriedades urbanas estatais, e também para construir moradias visando ao lucro através de suas empresas subsidiárias e parcerias público-privadas que envolvem recursos locais e internacionais⁸³. Assim, o que vemos aqui, de uma forma bastante sinistra, é a união de novas formas de internacionalismo a novas formas de se construir uma nação: uma união em que o capital privado soma-se ao público com uma nova onda de normas jurídicas domésticas com o intuito de construir o que a TOKI anuncia em seu *slogan* como “a Turquia do futuro”⁸⁴.

A representação de um casal jovem e branco – sereno, proficiente, “belo”, capaz de aproveitar a vida enquanto participa de um mercado imobiliário altamente competitivo – aparece nessa mistura de interesses como uma base de lançamento descontextualizada, porém poderosa, para a continuação da transformação de uma nova geração de cidadãos turcos. De diversas formas, trata-se de uma mensagem destinada àqueles que podem pagar por imóveis como os anunciados ou outros similares, mas também àqueles que são excluídos desse mercado. Como Bolívar Echeverría mostra em seu trabalho sobre as associações entre a *branquitude* e a história global do capitalismo e sua expansão legal, a conexão entre personagens brancas (e sua origem nos países capitalistas e proficientes do Norte) e seu sucesso (em termos econômicos, políticos e culturais) não se trata de uma questão de precisão ou força. Na verdade, trata-se de uma *aide-mémoire* perene que confirma que, para que se tenha sucesso no mundo atual, os indivíduos precisam submeter-se ao julgamento de outrem e precisam transformar-se de maneiras que dificilmente correspondem àquilo que se é e às possibilidades que se tem⁸⁵.

⁸¹ NT: do inglês “*Turkish Mass Housing Administration*”.

⁸² NT: do inglês “*real estate developer*”.

⁸³ Criado em 1984 como um órgão público com o objetivo de fornecer moradias populares, o TOKI foi reestruturado no início dos anos 2000 de forma que seu escopo de atuação foi significativamente ampliado. Ver, especialmente, KUYUCU, Tuna; ÜNSAL, Özlem. “Urban Transformation” as State-led Property Transfer: An Analysis of Two Cases of Urban Renewal in Istanbul. *Urban Studies*, v. 47, n. 7, p. 1479-1499, 2010.

⁸⁴ Ver, por exemplo, o site oficial do TOKI. Disponível em <<https://www.toki.gov.tr/>>. Último acesso em 22/02/2014. Para uma revisão crítica das atividades do TOKI em Istanbul, ver especialmente o documentário *Ecumenapolis: City Without Limits*, dirigido por Imre Azem (2012).

⁸⁵ Ver, especialmente, ECHEVERRÍA, Bolívar. *Modernidad y Blanquitud*. Ciudad de México: Era, 2010.

DIREITO INTERNACIONAL COMO ENQUADRAMENTO

Nesta terceira e última seção, passo a analisar o que podemos aprender quando prestamos atenção no funcionamento cotidiano do Direito Internacional. Mais especificamente, desejo discutir, como consequências do enquadramento que é dado pelo Direito Internacional a certos eventos, selecionando quais são dignos de atenção internacional e quais são meros acontecimentos domésticos de menor importância, como (i) *formas indiretas de autoridade são propagadas*, (ii) *linhas de responsabilidade global são rompidas* e (iii) *o potencial para resistir à ordem jurídica internacional é dispersado*.

A premissa deste artigo é que o Direito Internacional não pode ser entendido como restrito a locais, eventos e normas explicitamente internacionais. Como China Miéville arguiu, o Direito Internacional não se trata somente de fenômenos distantes (internacionais), e é “manifestamente, não ‘meramente’ ideológico”⁸⁶. Sem abandonar suas bases ideológicas e seu funcionamento através de normas e eventos internacionais extraordinários, o Direito Internacional também “afeta negativamente e regula a vida cotidiana em todos os seus níveis”⁸⁷. Afirmar a textura aberta do Direito Internacional não importa na afirmação de que há uma ordem global formada em sua totalidade, em que todas as fronteiras entre o internacional, o nacional e o local dissolveram-se. Muito pelo contrário. Como diria Foucault, a ordem jurídica global que encontramos no nível da vida cotidiana é frequentemente o resultado de “táticas muitas vezes bem explícitas no nível limitado em que se inscrevem”, mas que encontram sua “base de apoio e sua condição em outro lugar”⁸⁸.

Essa interação entre transformações localizadas e variáveis externas é facilitada pela pressuposição poderosa de que diferentes níveis de governo, assim como diferentes corpos jurídicos, funcionam de acordo com fontes de autoridade ordenadamente compartimentalizadas e dentro de domínios jurisdicionais bem demarcados e organizados de forma hierárquica. Essa pressuposição facilita a transformação da realidade prática, enquanto ajuda a enquadrar tais mudanças como puramente municipais, ou puramente nacionais, ou puramente internacionais. Com base nessa compreensão compartimentalizada de como o direito e os níveis de governo

⁸⁶ MIÉVILLE, China. The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction. *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 271-302, 2004, p. 280.

⁸⁷ MIÉVILLE, China. The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction. *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 271-302, 2004.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *The History of Sexuality*. Vol. I – An Introduction. New York: Pantheon, 1978, p. 94-95.

funcionam em nosso mundo, a presença do Direito Internacional em nossas vidas cotidianas torna-se quase indetectável. O que surge diante de nossos olhos, repetidamente, em nossos bairros, nossas cidades e nossos campos são cenas locais – aparentemente retratos desconexos em um mundo que sabemos ser fortemente interconectado, mas que experimentamos como fragmentado. (Ver a Figura 19)



Figura 19. Internacional não rastreável.

Para que se evite essa abordagem fragmentada da realidade ao nosso redor, é importante que se tenha em mente que o papel do Direito Internacional em moldar nossa vida cotidiana não é resultado de uma supremacia normativa inata de normas e instituições internacionais. Na verdade, ele advém, como argumentei previamente neste artigo, da associação histórica e jurídica do Direito Internacional com a consolidação do sistema mundial através do processo de formação dos Estados desde o século XVII, com os fenômenos da colonização e, mais tarde, com a descolonização e, finalmente, com o estabelecimento de regimes institucionais transnacionais de governança econômica, social, cultural e ambiental no último século. Por meio dessas ações, o Direito Internacional garantiu um lugar estratégico para si na construção do nosso mundo. Ao fazê-lo, é importante mencionar, o Direito Internacional ajudou a produzir um sistema de soberania difusa que é às vezes encontrado em instituições

internacionais chave e nos chefes de Estado, mas que é dispersado por diferentes regimes públicos e privados e diferentes níveis de governo.

Se trabalharmos com essa descrição da ordem jurídica internacional, é possível reconhecer como várias transformações “locais” e domésticas têm suas raízes em enquadramentos, instituições e normas internacionais. Nada obstante, no processo de sua verdadeira materialização e cristalização, essas raízes ou prescrições são geralmente apresentadas simplesmente como resultado de um desejo nacional ou local⁸⁹. O resultado final é que o que parece local está já atrelado a – ou é movimentado por – padrões internacionais de expansão normativa e formas assimétricas de desenvolvimento social, acúmulo econômico e controle político. Istambul, com toda sua história e suas atuais transformações, fornece-nos um exemplo útil de como o formato local não é capaz de conter as múltiplas forças internacionais que movimentam nossas cidades. (Ver a Figura 20)



Figura 20. Internacional incontível.

⁸⁹ Ver, por exemplo, sobre como a relação entre o Direito Internacional e o Direito Municipal unicipal continua a alimentar intensos debates sobre como caracterizar ou classificar (a ampla diversidade de) normas e ações internacionais, DUPUY, Pierre-Marie. International Law and Domestic (Municipal) Law. In: WOLFRUM, Rüdiger. The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 836-862; GOLDMAN, Matthias. We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 335-368, 2012.



O resultado, então, é que a presença repetitiva, ao nível doméstico, de quadros normativos internacionais não envolve simplesmente atos de tradução ou assimilação normativa, porque tais atos possibilitam uma *reencarnação* de autoridade internacional dentro de normas, sujeitos, espaços, artefatos e processos nacionais e, cada vez mais, locais⁹⁰. Através desse processo de reencarnação, instituições e oficiais domésticos, assim como espaços, formações subjetivas, ações administrativas e privadas, e artefatos ordinários (burcas, *keffiyehs*, fusos-horários, taxas de câmbio monetário) aparentemente mundanos tornem-se exemplos que carregam o internacional de forma disfarçada. Na realidade, são estes os verdadeiros globalizadores cotidianos do nosso mundo⁹¹. Eles são, eles constroem e, no fim, eles se tornam nosso próprio mundo – um mundo que é doméstico e ainda assim internacional ao mesmo tempo. (Ver a Figura 21)

⁹⁰ Essa ideia de *incorporação* relaciona-se à internalização das práticas sociais - um ponto elaborado notoriamente em termos de seu impacto nas relações sociais por Marcel Mauss e, posteriormente, por Pierre Bourdieu. Ver, especialmente, MAUSS, Marcel. *Sociology and Psychology: Essays*. Abingdon: Routledge & Kegan Paul, 1979; BORDIEU, Pierre. *The Logic of Practices*. Cambridge: Polity Press, 1990. Ver também a literatura sobre uma abordagem constitutiva do Direito citada na introdução: HUNT, Alan. *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*. Abingdon: Routledge, 1993; POTTAGE, Alain; MUNDY, Martha (eds.). *Law, Anthropology and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; DELANEY, David. *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*. Abingdon: Routledge, 2010.

⁹¹ A partir desta perspectiva, instituições domésticas, funcionários, coisas e procedimentos comuns realizam e expandem o trabalho frequentemente associado a organizações e agentes internacionais como globalizadores do mundo. Ver, especialmente, WOODS, Ngaire. *The Globalizers: The IMF, the World Bank, and Their Borrowers*. Ithaca: Cornell University Press, 2007; JACKSON, Jeffrey. *The Globalizers: Development Workers in Action*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2007.

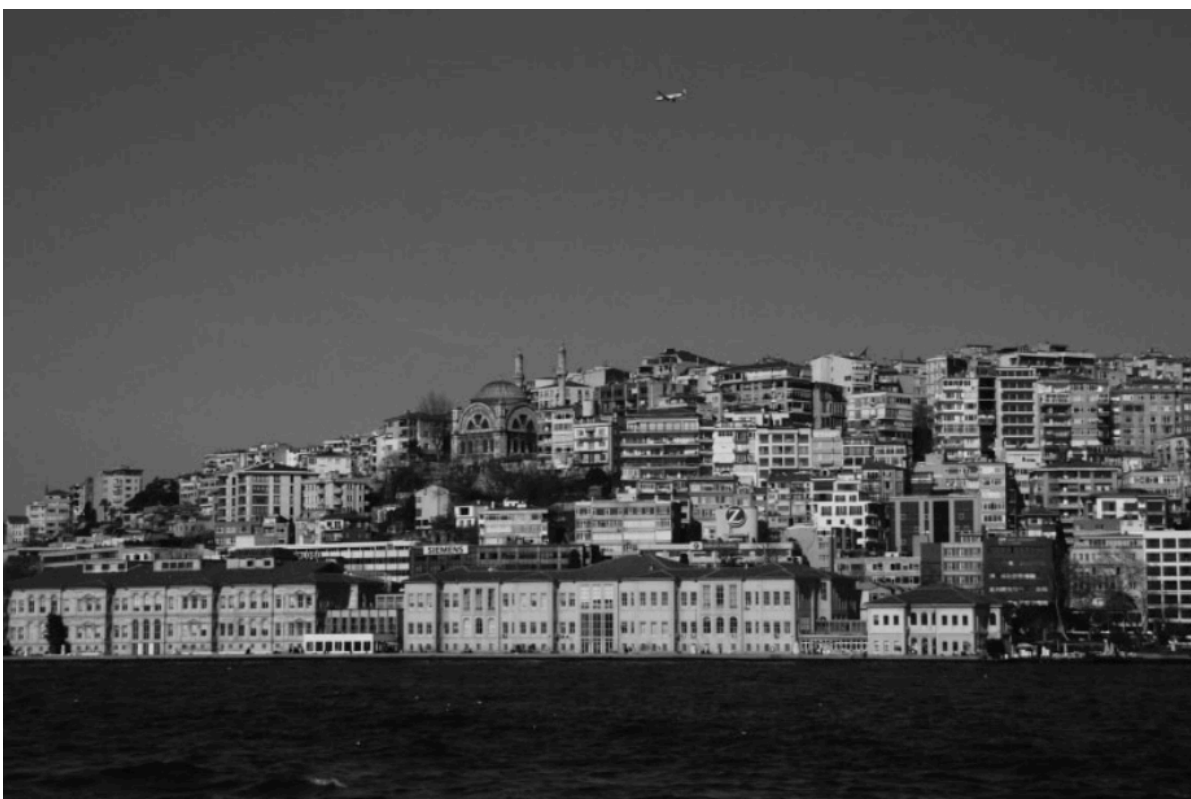


Figura 21. Tão local, tão internacional.

A internalização doméstica do internacional, com certeza, está sujeita a crioulizações,⁹² reconstruções judiciais e legislativas, e atos populares de recusa ou de reapropriação estratégica. No entanto, quando recriados como domésticos, compromissos e aspirações internacionais muitas vezes são vistos como se emanassem diretamente de autoridades e instituições domésticas. O que acaba prevalecendo, como resultado, é uma forma de administração mediada entre as ordens internacional e doméstica: uma em que os compromissos e obrigações internacionais são constantemente reencarnados como nacionais ou locais. Nesses processos, as transformações domésticas são executadas através de autoridades, atores, normas e coisas domésticos, ao mesmo tempo em que carregam consigo o *ethos* do Direito Internacional.

Prestar atenção ao funcionamento cotidiano do Direito Internacional, porém, revela não somente como normas e enquadramentos internacionais são reencarnados através de ações e eventos domésticos, ou como formas indiretas de autoridade estão por trás de fenômenos aparentemente domésticos. Na verdade, também nos ajuda a compreender como linhas de

⁹² NT: do inglês “creolisations”. Designa o processo de mistura linguística, cultural e racial entre diferentes etnias, povos e culturas, mormente entre o Norte e o Sul globais.



responsabilidade global podem ser rompidas quando a ordem jurídica internacional se apresenta como nacional ou local. Isso significa que é importante notar como o desempenho expansivo e muitas vezes oblíquo que caracteriza o funcionamento do Direito Internacional ao nível do cotidiano é frequentemente acompanhado de uma realocação de responsabilidades internacionais para autoridades e sujeitos domésticos.

Não surpreendentemente, a realocação de responsabilidades internacionais para o nível doméstico geralmente afeta de forma mais grave aqueles que possuem menor capacidade para lidar com novos requisitos e padrões internacionais. Novamente sem nos surpreendermos, são esses mesmos indivíduos que possuem menor capacidade financeira para navegar pelas divisões locais, nacionais e internacionais, além de menor capacidade para separar interesses domésticos de influências internacionais⁹³. Mesmo assim, no Terceiro Mundo ou naqueles locais conhecidos hoje como “Terceiro Mundo no Primeiro”⁹⁴, a pressão pela internacionalização está por toda parte: através de esforços incessantes para construir nações, através de condicionalidades impostas a governos e populações por instituições internacionais, e através da necessidade constante sentida pelas elites locais e nacionais de “desenvolver” seus pares e territórios de acordo com padrões mundiais⁹⁵.

Se prestarmos atenção ao funcionamento doméstico cotidiano do Direito Internacional, diferentemente de suas interpretações tradicionais, que nos dizem que há um vácuo nessa área do direito em nações e territórios “pobres”, perceberemos que tais locais “pobres”, na realidade, são justamente os locais onde o Direito Internacional está mais presente, ainda que frequentemente na forma de normas domésticas, eventos e ações comuns. Faz-se importante notar que a materialização do Direito Internacional nesses locais revela a natureza autocontraditória do movimento causado por certas políticas no sentido de tornar autoridades e sujeitos locais responsáveis pela execução de anseios internacionais. O motivo disso é que os

⁹³ Ver, por exemplo, BAUMAN, Zygmunt. *On glocalization: Or globalization for some, localization for some others. Thesis Eleven*, v. 54, n. 1, p. 37-49, 1998.

⁹⁴ Ver, por exemplo, APPADURAI, Arjun. Spectral Housing and Urban Cleansing: Notes on Millennial Mumbai. *Public Culture*, v. 12, n. 3, p. 627-651, 2000; GILBERT, Dennis. *The American Class Structure in an Age of Growing Inequality*. Thousand Oaks: Sage, 2008.

⁹⁵ Ver, por exemplo, PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011; KINGSBURY, Benedict. Sovereignty and Inequality. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 4, p. 599-625, 1998; KRISCH, Nico. International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, p. 369-408, 2005; FALK, Richard; RAJAGOPAL, Balakrishnan; STEVENS, Jacqueline. *International Law and the Third World: Reshaping Justice*. Abingon: Routledge, 2008.

anseios internacionais normalmente correspondem a interesses específicos ou a problemas estruturais de inúmeras camadas, o que demanda soluções que são geralmente incompatíveis com as necessidades locais ou são resolvidas dentro dos limites de políticas e recursos domésticos.

O resultado da reencarnação de anseios internacionais em jurisdições e sujeitos nacionais e locais frequentemente é a intensificação de padrões globais de desigualdade, realidades abruptamente interrompidas, e sonhos globais alcançados pela metade. Ainda que pareçam ser endêmicas em todas as nações, essas “anomalias” cotidianas são bastante persistentes e ainda assim frequentemente tidas como problemas intrinsecamente domésticos: o resultado de más políticas internas, instituições locais deficientes, insuficiências geográficas de certos países ou cidades, ou o resultado de pouco capital social ou políticos locais moralmente corrompidos. Um passeio por Istambul – aliás, em qualquer das várias cidades do Sul, ou do Sul dentro do Norte – demonstra, no entanto, que esses sonhos alcançados pela metade são o resultado de problemas sistêmicos atinentes à ordem global, e não o resultado de problemas intrinsecamente domésticos. (Ver a Figura 22)

91



Figura 22. Sonhos incompletos.

Prestar atenção ao aspecto cotidiano doméstico do Direito Internacional permite-nos, como resultado, perceber como as linhas de responsabilidade global estão rompidas. Ao mesmo



tempo, conseguimos apreciar como o potencial para resistir às normas, interesses e cânones internacionais é dispersado. As transformações e agitações despertadas constantemente se tornam preocupações internas – não internacionais. Assim, o Direito Internacional também funciona como um organizador do foco de nossa atenção política. Em um contexto global repleto de formas indiretas de autoridade, regimes legais que se reforçam mutuamente e de alocações desunidas de responsabilidade, os nichos disponíveis para contestar a ordem internacional geralmente estão escondidos. Consequentemente, resta o desafio: como internacionalizar o que parecem ser desafios localizados sem que se esqueça que o internacional não necessariamente reside em terras ou instituições estrangeiras, mas sim nas normas, processos, espaços, artefatos e configurações subjetivas que compõem nossa existência cotidiana. Isso, claro, é o complicado pano de fundo enfrentado pelos moradores e ativistas de Istambul durante e depois dos protestos desencadeados a partir dos eventos no Parque Taksim Gezi, em maio de 2013.

92

CONCLUSÕES

Em 2006, Sally Engle Merry fez um apelo oportuno pela criação de um campo de pesquisa dedicado ao estudo das dimensões antropológicas do Direito Internacional. Para ela, a união entre o pensamento antropológico com o Direito Internacional é um projeto particularmente importante nos dias de hoje, dada a proliferação de normas e regulações internacionais e a intensidade dos processos econômicos e sociais transnacionais. Na visão de Merry:

Dada a ambiguidade e a novidade desses desenvolvimentos, a pesquisa antropológica possui um papel crucial no exame do funcionamento prático do Direito Internacional, no mapeamento da circulação de ideias e procedimentos, bem como no exame do conjunto de *pequenos lugares* em que o Direito Internacional opera, seja em Genebra, num escritório local de uma ONG de direitos humanos, ou no Tribunal Penal Internacional⁹⁶.

Merry com certeza tem razão quando afirma que uma abordagem antropológica é útil para que se investiguem os lugares estereotipicamente “pequenos” que frequentemente

⁹⁶ MERRY, Sally Engle. Anthropology and International Law. *Annual Review of Anthropology*, v. 35, p. 99-116, 2006, p. 111. Grifos meus.



associamos com o Direito Internacional. No entanto, eu argumento que tal abordagem também é útil para que se compreenda todo o conjunto das outras áreas da vida, lugares, objetos e níveis de governo que são parte da economia expansiva do Direito Internacional e, ainda assim, demasiadas vezes passam despercebidas pelo radar da doutrina do Direito Internacional. Acredito que precisamos prestar atenção ao funcionamento não incomum e geralmente “doméstico” do Direito Internacional, e utilizei a ideia do “enquadramento” para explicar como abordagens tradicionais do Direito Internacional tendem a desviar tal atenção à medida que moldam nosso entendimento sobre o que pertence ao campo internacional.

Para engajar-me nessa leitura expansiva do Direito Internacional, ofereci neste artigo uma visão alternativa com a qual podemos registrar o funcionamento cotidiano do Direito Internacional. Participando desta intensa historicidade internacional do presente e permanecendo alerta ao funcionamento da ordem jurídica internacional através de jurisdições nacionais e, cada vez mais, locais, mostrei como o Direito Internacional materializa-se em lugares que são geralmente tidos como estrangeiros a sua economia, mas que são, na verdade, lugares fortemente moldados pela ordem jurídica internacional. Espero ter demonstrado que quando trocamos as lentes convencionais que utilizamos para capturar (ou fotografar, como fiz neste artigo) o funcionamento do Direito Internacional nos tornamos cientes de como Direito Internacional constitui e continua a constituir o mundo em todos os aspectos da vida.

Eventos recentes em Istambul confirmaram a inadequação de abordagens tradicionais do Direito Internacional para compreender o funcionamento mais amplo da área. Após os grandes protestos que resultaram da remoção agressiva de ativistas do Parque Taksim Gesi por forças policiais em maio de 2013, a atenção global voltada a Istambul se dissipou lentamente. O que inicialmente fora um evento (legal) (devido ao caráter extraordinário das mobilizações sociais e à resposta violenta das forças estatais) tornou-se, ao final, uma crise “nacional” – o resultado da má gestão governamental, de excessos cometidos pela polícia local, da desaceleração da economia turca. Desde um ponto de vista tradicional, o rebuliço que permeou os protestos foi somente outro exemplo de descontentamento social doméstico causado por condições domésticas. Nessa abordagem, não foi possível compreender como antes, durante ou depois dos protestos as questões reivindicadas pelos manifestantes eram, fortemente, expressões – encarnações locais – da ordem jurídica internacional.

O caráter autoritário do governo atual, com seus discursos de lei e ordem, segurança nacional e desenvolvimento; a situação cada vez mais difícil para famílias trabalhadoras por

conta da reestruturação neoliberal do Estado turco e de sua economia; a reconstrução urbana de Istambul com o intuito de abrir espaço para novos projetos imobiliários e de responder à privatização de áreas públicas; e os iminentes protestos que surgiriam com eventual sucesso da cidade na competição para ser a sede dos Jogos Olímpicos de 2020 – essas foram algumas das razões atreladas ao Direito Internacional que serviram de base para os protestos. Os eventos que sucederam o fim (oficial) dos protestos também estão conectados com a ordem jurídica internacional. À medida que a insatisfação social persistia e o governo continuava a mostrar sua força, atores e investidores internacionais tornaram-se conscientes desses eventos “locais”. Isso gerou uma queda imediata na classificação de risco de investimento em abolsa de valores de Istambul; a Lira turca despencou a níveis históricos; questões envolvendo o ingresso da Turquia na União Europeia foram novamente levantadas; e o Comitê Olímpico anunciou que os Jogos seriam em Tóquio, não em Istambul⁹⁷. No período que se sucedeu, a situação econômica da Turquia piorou; a criminalização da divergência de opiniões acelerou; e ouviram-se novos apelos por iniciativas de desenvolvimento que demonstrariam que a Turquia, e especialmente Istambul, ainda estão vencendo o jogo mundial⁹⁸.

Desde uma perspectiva legal internacional tradicional, todo esse vai-e-vem entre eventos internacionais e locais é uma dinâmica difícil de se compreender. Mais que isso, torna-se difícil compreender como a própria separação entre eventos internacionais e domésticos, e eventos extraordinários e cotidianos, é combustível para a violência governamental e permite que atores internacionais e elites locais e transnacionais usufruam de condições “locais”⁹⁹.

⁹⁷ Ver, por exemplo, PARKINSON, Joe; PEKER, Emre. Turkey's Once-Golden Economy Buffeted from All Sides. Disponível em <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324886704579052871861015240>>. Último acesso em 20/12/2013; FACKLER, Martin; LONGMAN, Jeré. For 2020 Olympics, I.O.C. Picks Tokyo, Considered Safe Choice. Disponível em <https://www.nytimes.com/2013/09/08/sports/olympics/tokyo-wins-bid-for-2020-olympics.html?smid=tw-share&_r=3&>. Último acesso em 20/12/2013; BABÜL, Elif. Gezi Resistance, Police Violence, and Turkey's Accession to the European Union. Disponível em <<https://www.jadaliyya.com/Details/29604/Gezi-Resistance,-Police-Violence,-and-Turkey%E2%80%99s-Accession-to-the-European-Union>>. Último acesso em 20/12/2013.

⁹⁸ KURT, Nurettin. 45 öğrenciye 6'şar yıl. Disponível em <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/45-ogrenciye-6-sar-yil-24717914>>. Último acesso em 20/12/2013; CUBUKCU, Ayca. In this sublime struggle of ours: After Egypt, on Turkey and terror. Disponível em <<https://www.aljazeera.com/opinions/2013/8/23/in-this-sublime-struggle-of-ours-after-egypt-on-turkey-and-terror/>>. Último acesso em 20/12/2013. ALBAYRAK, Ayla; PARKINSON, Joe. Turkey's Government Forms 6,000-Member Social Media Team. Disponível em <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323527004579079151479634742>>. Último acesso em 20/12/2013; Mass legal cases awaiting Gezi protesters in Istanbul. Disponível em <<https://www.hurriyetdailynews.com/mass-legal-cases-awaiting-gezi-protesters-in-istanbul-54763>>. Último acesso em 20/12/2013.

⁹⁹ O uso de elites locais e transnacionais de condições locais tornou-se objeto de intenso debate na Turquia durante os protestos contra o governo como resultado de alegações de corrupção durante dezembro de 2013. Ver, por



Prestar atenção em como interagimos com o Direito Internacional, em qual nosso método deve ser, permanece, por essas razões, sendo fundamental para uma melhor compreensão da natureza e do escopo, assim como dos efeitos, do Direito Internacional. Essa atenção ao método, no entanto, deve significar, como diria Martti Koskenniemi, mais que uma visita ao “supermercado” de técnicas de pesquisa, e então uma aplicação descontextualizada de ferramentas de pesquisa¹⁰⁰. Na verdade, a reflexão sobre o método no Direito Internacional (e no direito em geral) deve incluir, igualmente, reflexões sobre como outros indivíduos compreendem nosso objeto de estudo, como nós o compreendemos, e, conseqüentemente, a qual tipo de (re)descrição do nosso objeto estamos comprometidos¹⁰¹. Porque o Direito Internacional nunca se apresentou como vazio de metodologia. O Direito Internacional sempre esteve envolvido com a “constituição da ordem” no mundo, e sempre incluiu um método interpretativo para definir como e até que ponto estaria envolvido nesse processo de construção do mundo¹⁰².

Afirmar que o Direito Internacional sempre abarcou essas ações é um processo paralelo ao de compreensão de como a fotografia não é somente um exercício inocente de captura da realidade. Como vimos acima, o Direito Internacional, assim como a fotografia, está vinculado a ideologias, que se manifestam em certos enquadramentos e molduras do mundo. Portanto, o ponto é como empregar um novo modo de olhar o Direito Internacional, um modo pronto a examinar e a desafiar tanto seu funcionamento cotidiano como seu funcionamento extraordinário. Ossip Brik, o escritor e crítico literário *avant garde* russo do início do século XX, expressou esse pensamento de uma maneira simples, porém persuasiva. De acordo com Brik, “o olhar fotográfico pode mostrar-nos coisas desde pontos de vista surpreendentes e em

exemplo, Turkish probe marks AKP-Gulen power struggle. Disponível em <<http://www.aljazeera.com/indepth/features/2013/12/turkish-probemarks-akp-gulen-power-struggle-2013122473646994231.html>>. Último acesso em 02/01/2014.

¹⁰⁰ KOSKENNIEMI, Martin. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 294-306.

¹⁰¹ Ver, sobre a importância e a atenção atual à questão da (re)descrição no Direito Internacional, ORFORD, Anne. In Praise of Description. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 3, p. 609-625, 2012, p. 609; FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. Introduction: Towards A Global History of International Law. In: *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012; PAHUJA, Sundhya. Laws of Encounters: A Jurisdictional Account of International Law. *London Review of International Law*, v. 1, n. 1, p. 63-98, 2013.

¹⁰² ORFORD, Anne. In Praise of Description. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 3, p. 609-625, 2012. Ver, especialmente, sobre o papel da interpretação em Direito Internacional, MARKS, Suasn. Introduction. In: *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 06.



configurações incomuns, e devemos explorar essa possibilidade”¹⁰³. Também é possível empregá-lo a partir do Direito Internacional. Apenas pare, olhe novamente, e tente contemplar o mundo de forma diferente. (Ver a Figura 23)



Figura 23. Contemplando

REFERÊNCIAS

ALBAYRAK, Ayla; PARKINSON, Joe. *Turkey's Government Forms 6,000-Member Social Media Team*. Disponível em <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323527004579079151479634742>>. Último acesso em 20/12/2013.

ALTHUSSER, Louis. *On ideology*. London: Verso, 2008.

ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

¹⁰³ BRIK, Ossip. What the eye does not see. In: WELLS, Liz. *The Photography Reader: History and Theory*. Abingon: Routledge, 2002, p. 64.

ANGHIE, Antony. Nationalism, Development and the Postcolonial State: The Legacies of the League of Nations. *Texas International Law Journal*, v. 41, n. 3, p. 447-463, 2006.

APPADURAI, Arjun. Spectral Housing and Urban Cleansing: Notes on Millennial Mumbai. *Public Culture*, v. 12, n. 3, p. 627-651, 2000.

ATASOY, Yildiz. *Islam's Marriage with Neoliberalism: State Transformation in Turkey*. London: Palgrave Macmillan, 2009.

BADIE, Bertrand. *The Westernization of the Political Order*. Palo Alto: Stanford University Press, 2000.

BANCO MUNDIAL. *Information and Communications for Development: Extending Reach and Increasing Impact*. 2009.

BABACAN, Ali. *Governor's Statement No. 9, 11 October 2013*. 2013 Annual Meetings World Bank Group — International Monetary Fund. Disponível em <<https://www.imf.org/external/am/2013/speeches/pr09e.pdf>>. Último acesso em 20/12/2013.

BABÜL, Elif. Gezi Resistance, Police Violence, and Turkey's Accession to the European Union. Disponível em <<https://www.jadaliyya.com/Details/29604/Gezi-Resistance,-Police-Violence,-and-Turkey%E2%80%99s-Accession-to-the-European-Union>>. Último acesso em 20/12/2013.

BATES, Robert H. *Patterns of uneven development: Causes and consequences in Zambia*. Denver: Monograph Series in World Affairs, 1974.

BAUMAN, Zygmunt. *On glocalization: Or globalization for some, localization for some others*. *Thesis Eleven*, v. 54, n. 1, p. 37-49, 1998.

BAYRAKTAR, S. Ulas; MASSICARD, Elise. Decentralisation in Turkey. *Focales*, n. 7, p.102, 2012.

BENJAMIN, Walter. *The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction*. 1913. Disponível em <<https://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.

BIRD, Richard; VAILLANCOURT, François (eds.). *Fiscal Decentralization in Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BLANK, Yishi. The City and the World. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 44, p. 875 et seq., 2006.

BORDIEU, Pierre. *The Logic of Practices*. Cambridge: Polity Press, 1990.



BOWDEN, Brett. The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization. *Journal of the History of International Law*, v. 7, n. 1, p. 1-23, 2005.

BOWN, Chad. Trade Policy Flexibilities and Turkey: Tariffs, Antidumping, Safeguards, and WTO Dispute Settlement. *World Bank Policy Research Working Paper*, n. 6322, 2013.

BOYCOTT ISTANBUL 2020. *Report to the International Olympic Committee*. Disponível em: <<http://es.scribd.com/doc/166680741/Report-to-IOC>>. Acesso em: 20/12/2013.

BRIK, Ossip. What the eye does not see. In: WELLS, Liz. *The Photography Reader: History and Theory*. Abingon: Routledge, 2002.

CALDEIRA, Teresa. *City of Walls: Crime, Segregation, & Citizenship in São Paulo*. Berkeley: University of California Press, 2001.

CAPLAN, Jane; TORPEY, John. *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

CHARLESWORTH, Hilary. International Law: A Discipline of Crisis. *The Modern Law Review*, v. 65, n. 3, p. 377-392, 2008.

COMAROFF, John; COMAROFF, Jean. Reflections on the Anthropology of Law, Governance and Sovereignty. In: VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet. *Rules of Law and Laws of Ruling: On the Governance of Law*. Abingdon: Routledge, 2009

CRAWFORD, James. Sovereignty as legal value. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

CUBUKCU, Ayca. In this sublime struggle of ours: After Egypt, on Turkey and terror. Disponível em <<https://www.aljazeera.com/opinions/2013/8/23/in-this-sublime-struggle-of-ours-after-egypt-on-turkey-and-terror/>>. Acesso em: 20/12/2013.

DARIAN-SMITH, Eve. *Law and Societies in Global Contexts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

DAVIS, George Breckenridge. *The Elements of International Law, With an Account of its Origins, Sources and Historical Development*. New York: Harper & Brothers, 1903, p. 4.

DAVIS, Kevin *et al* (eds.). *Governance by Indicators: Global Power through Classification and Rankings*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DELANEY, David. *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*. Abingdon: Routledge, 2010.



DERRIDA, Jacques. Foreigner Question: Coming from Abroad/from the Foreigner. In: *Of Hospitality: Anne Dufourtmantelle invites Jacques Derrida to respond*. Palo Alto: Stanford University Press, 2000.

DOMBEY, Daniel. Istanbul shaken by fresh violence. *Financial Times*, 2013. Disponível em <<https://www.ft.com/content/be7e8c18-d5eb-11e2-9dbd-00144feab7de>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

DUPONT, Véronique D. N. The Dream of Delhi as a Global City. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 35, n. 3, p. 533-554, 2011.

DUPUY, Pierre-Marie. International Law and Domestic (Municipal) Law. In: WOLFRUM, Rüdiger. *The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 836-862.

ECHEVERRÍA, Bolivar. *Modernidad y Blanquitud*. Ciudad de México: Era, 2010.

EICK, Volker. A neoliberal sports event? FIFA from the Estadio Nacional to the fan mile. *Analysis of Urban Change, Theory, Action*, v. 14, n. 3, p. 278-297, 2010.

ESLAVA, Luis. Decentralization of Development and Nation-Building Today: Reconstructing Colombia from The Margins of Bogota. *Law and Development Review*, v. 2, n. 1, p. 283-366, 2009.

ESLAVA, Luis. “I Feel Like a Dog with the Tail between its Legs”: On the Limits of Protest and Urban Law in Our Decentralized World. In: SIRCAR, Oishik *et al.* (eds.). *Human Rights Beyond the Law*. Oxford: Oxford University Press.

ESLAVA, Luis. Local Space, Global Life: *The Everyday Operation of International Law and Development*. Tese de Doutorado – University of Melbourne, 2012.

ESLAVA, Luis; DIAS, Maria Clara. Horizons of Inclusion: Life Between Laws and Developments in Rio de Janeiro. *Inter-American Law Review*, v. 44, n. 2, p. 177-218, 2013.

ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, v. 45, n. 2, p. 195-221, 2012.

FACKLER, Martin; LONGMAN, Jeré. For 2020 Olympics, I.O.C. Picks Tokyo, Considered Safe Choice. Disponível em <https://www.nytimes.com/2013/09/08/sports/olympics/tokyo-wins-bid-for-2020-olympics.html?smid=tw-share&_r=3&>. Acesso em: 20 dez. 2013.

FALK, Richard; RAJAGOPAL, Balakrishnan; STEVENS, Jacqueline. *International Law and the Third World: Reshaping Justice*. Abingon: Routledge, 2008.



FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. Introduction: Towards A Global History of International Law. In: *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

FAWAZ, Mona M.; AKAR, Hiba Bou. Practicing (In)Security in the City. *City & Society*, v. 24, n. 2, p. 105-109, 2012.

FOCAULT, Michel. *Society Must Be Defended: Lectures at the College de France, 1975-1976*. London: Picador, 2003.

FOCAULT, Michel. *The History of Sexuality*. Vol. I – An Introduction. New York: Pantheon, 1978.

FRUG, Gerald Ellison; BARRON, David. International Local Government Law. *The Urban Lawyer*, v. 38, n. 1, p. 1-62, 2006.

GILBERT, Dennis. *The American Class Structure in an Age of Growing Inequality*. Thousand Oaks: Sage, 2008.

GOLDMAN, Matthias. We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 335-368, 2012.

GUINOT, Benjamon. History of the Bureau International de l'Heure. *Polar Motion: Historical and Scientific Problems*, v. 208, p. 175-184, 2010.

HACHAMOVITCH, Yfat. Ploughing the Delirium. In: FÓTI, Veronique. *Merleau-Ponty: Difference, Materiality, Painting*. Amherst: Prometheus Books, 2000, p. 112-126.

HEIDEGGER, Martin. *The Question of Technology and Other Essays*. New York: Harper Torchbooks, 1982.

HINDESS, Barry. *Discourses of Power: From Hobbes to Foucault*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 1996.

HUNT, Alan. *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*. Abingdon: Routledge, 1993.

IMF. *Fiscal Monitor*. Disponível em <<https://www.imf.org/en/Publications/FM>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

JACKSON, Jeffrey. *The Globalizers: Development Workers in Action*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2007.

JANIS, Mark Weston. Jeremy Bentham and the Fashioning of “International Law”. *The American Journal of International Law*, v. 78, n. 2, p. 405-418, 1984.

JOHNS, Fleur; JOYCE, Richard Joyce; PAHUJA, Sundhya (eds.). *Events: The Force of International Law*. Abindgon: Routledge, 2011.

JOYCE, Patrick. *The Rule of Freedom: Liberalism and the Modern City*. London: Verso, 2003.

KARAMAN, Ozan. Urban Renewal in Istanbul: Reconfigured Spaces, Robotic Lives. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 715-733, 2013.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. 2nd ed. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1966.

KEYDER, Caglar. Globalization and Social Exclusion in Istanbul. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 29, n. 1, p. 124-134, 2005.

KINGSBURY, Benedict. Sovereignty and Inequality. *European Journal of International Law*, v. 9, n. 4, p. 599-625, 1998.

KNAFO, Samuel. *The Making of Modern Finance: Liberal Governance and the Gold Standard*. Abington: Routledge, 2013.

KOSKENNIEMI, Martti. The Empire(s) of International Law System Change and Legal Transformation. *Austrian Review of International and European Law*, v. 8, p. 61, 2003.

KOSKENNIEMI, Martin. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law – 20 Years Later. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. Empire and International Law: The Real Spanish Contribution. *University of Toronto Law Journal*, v. 61, n. 1, p. 1-36, 2011.

KRISCH, Nico. International Law in Times of Hegemony: Unequal Power and the Shaping of the International Legal Order. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 3, p. 369-408, 2005.

KURT, Nurettin. 45 öğrenciyeye 6’şar yıl. Disponível em < <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/45-ogrenciyeye-6-sar-yil-24717914>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

KUYMULU, Mehmet Baris. From “Urban Renewal” to Urban Uprising and Back Again: The Gezi Protests amid “Economic Growth”. Disponível em < <http://critcom.councilforeuropeanstudies.org/from-urban-renewal-to-urban-uprising-and-back-again-the-gezi-protests-amid-economic-growth/>>. Acesso em: 20 dez. 2013

KUYMULU, Mehmet Bariş. Reclaiming the right to the city: Reflections on the urban uprisings in Turkey. *Cities*, v. 17, n. 3, p. 274-278, 2013.

KUYUCU, Tuna; ÜNSAL, Özlem. “Urban Transformation” as State-led Property Transfer: An Analysis of Two Cases of Urban Renewal in Istanbul. *Urban Studies*, v. 47, n. 7, p. 1479-1499, 2010.

LATOUR, Bruno. *The Making of Law: An Ethnography of the Conseil D’Etat*. Cambridge: Polity, 2010.

LAWRENCE, Thomas Joseph. *The Principles of International Law*. 7th ed. London: Macmillan & Co., 1923.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Argonauts of the Western Pacific: An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagoes of Melanesian New Guinea*. Abingdon: Routledge, 1922.

MARKS, Susan. Law and the Production of Superfluity. *Transnational Legal Theory*, v. 2, n. 1, p. 1-24, 2015.

MARKS, Suasn. Introduction. In: *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MAUSS, Marcel. *Sociology and Psychology: Essays*. Abingdon: Routledge & Kegan Paul, 1979.

MAZOWER, Mark. *Governing the World: The History of an Idea*. London: Penguin, 2012.

MERRY, Sally Engle. Anthropology and International Law. *Annual Review of Anthropology*, v. 35, p. 99-116, 2006.

MIÉVILLE, China. The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction. *Leiden Journal of International Law*, v. 17, n. 2, p. 271-302, 2004.

MINTZ, Sidney. *Sweetness and Power: The Place of Sugar in Modern History*. London: Penguin, 1985; TOPIK, Steven; POMERANZ, Kenneth. *The World That Trade Created: Society, Culture and the World Economy, 1400 to the Present*. Armonk: M. E. Sharpe, 1999.

MITCHELL, Timothy. Everyday metaphors of power. *Theory and Society*, v. 19, p. 545-577, 1990.

MÖLLER, Frank. Photography after Empire: Citizen-Photographers or Snappers on Autopilot?. *New Political Science*, v. 32, n. 4, p. 501-513, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. *Handbook on Geographic Information Systems and Digital Mapping*. 2000.



NESIAH, Vasuki. Placing International Law: White Spaces on a Map. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, n. 1, p. 1-35, 2003.

OECD. *OECD Territorial Reviews: Istanbul, Turkey*. Policy Brief. 2008.

ORFORD, Anne. Constituting Order. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 271-289.

ORFORD, Anne. Embodying Internationalism: The Making of International Lawyers. *Australian Year Book of International Law*, v. 19, p. 1-34, 1998.

ORFORD, Anne. In Praise of Description. *Leiden Journal of International Law*, v. 25, n. 3, p. 609-625, 2012, p. 609.

ORFORD, Anne. *International Authority and the Responsibility to Protect*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PARKINSON, Joe; PEKER, Emre. Turkey's Once-Golden Economy Buffeted from All Sides. Disponível em <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324886704579052871861015240>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

PAHUJA, Sundhya. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PAHUJA, Sundhya. Laws of Encounters: A Jurisdictional Account of International Law. *London Review of International Law*, v. 1, n. 1, p. 63-98, 2013.

PARFITT, Rose. Empire des Nègres Blancs: The Hybridity of International Personality and the Abyssinia Crisis of 1935-36. *Leiden Journal of International Law*, v. 24, p. 849-872, 2011.

PECK, Jamie; THEODORE, Nik; BRENNER, Neil. Neoliberal Urbanism: Models, Moments, Mutations. *SAIS Review of International Affairs*, v. 29, n. 1, p. 49-66, 2009.

PEEVERS, Charlotte. Conducting international authority: Hammarskjöld, the Great Powers and the Suez Crisis. *London Review of International Law*, v. 1, n. 1, p. 131-140, 2013.

PORRAS, Ileana. The City and International Law: In Pursuit of Sustainable Development. *Fordham Urban Law Journal*, v. 36, n. 3, p. 537-601, 2009.

POTTAGE, Alain; MUNDY, Martha (eds.). *Law, Anthropology and the Constitution of the Social: Making Persons and Things*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

PRASHAD, Vijay. *The Poorer Nations: A Possible History of the Global South*. London: Verso, 2012.



RILES, Annelise. The View from the International Plane: Perspective and Scale in the Architecture of Colonial International Law. *Law and Critique*, v. 6, n. 1, p. 39-54, 1995.

RITCHIN, Fred. *After Photography*. New York: W. W. Norton, 2009.

ROCHE, Maurice. The Olympics and “Global Citizenship”. *Citizenship Studies*, v. 6, n. 2, p. 165-181, 2002.

ROSE, Gideon; TEPPERMAN, Jonathan. The Shape of Things to Come: Hot Markets to Watch. *Foreign Affairs*, v. 93, 2014.

RUSTIN, Michael. Restructuring the State. *New Left Review*, v. 158, n. 1, p. 43 *et seq.*, 1986.

RUTHEISER, Charles. Making Place in the Nonplace Urban Realm: Notes on the Revitalization of Downtown Atlanta. In: LOW, Selma. *Theorizing the City: The New Urban Anthropology Reader*. New Jersey: Rutgers University Press, 1999.

SASSEN, Saskia. Cities in Today’s Global Age. *SAIS Review of International Affairs*, v. 29, n. 1, p. 3-34, 2009.

SLATER, David. Territorial Power and the Peripheral State: The Issue of Decentralization. *Development and Change*, v. 20, n. 3, p. 501-531, 1989.

SÖNMEZ, Mustafa. *What left to sell after \$54 billion of privatization*. Disponível em <<https://www.hurriyetdailynews.com/what-left-to-sell-after-54-billion-of-privatization-51486>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

SONTAG, Susan. *On Photography*. London: Penguin, 1977.

SONTAG, Susan. *Regarding the Pain of Others*. New York: Picador, 2004.

SPRUYT, Hendrik. *The Sovereign State and Its Competitors: An Analysis of Systems Change*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

THE ECONOMIST. *Identifying a Billion Indians*. Disponível em <<http://www.economist.com/node/18010459>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

TORPEY, John. *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

TOSUN, Mehmet Serkan; YILMAZ, Serdar. Decentralization, Economic Development, and Growth in Turkish Provinces. *Emerging Markets Finance & Trade*, v. 46, n. 4, p. 71-91, 2010.

TURAM, Berna. The Primacy of Space in Politics: Bargaining Rights, Freedom and Power in an İstanbul Neighborhood. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 37, n. 2, p. 409-429, 2013.

WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em <<https://opil.ouplaw.com/home/MPIL>>. Último acesso em 20 de dezembro de 2013.

WOODS, Ngaire. *The Globalizers: The IMF, the World Bank, and Their Borrowers*. Ithaca: Cornell University Press, 2007.

UYSAL, Ulke Evrim. An urban social movement challenging urban regeneration: The case of Sulukule, Istanbul. *Cities*, v. 29, n. 1, p. 12-22, 2012.

Submissão: 21/12/2020
Aceito para Publicação: 21/12/2020



UNIVERSAL, TOLERANTE E INCLUSIVO: UMA NOVA RACIONALIDADE PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA ERA DOS DIREITOS HUMANOS

UNIVERSAL, TOLERANT AND INCLUSIVE: A NEW RATIONALITY FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE ERA OF HUMAN RIGHTS

André de Carvalho Ramos*

RESUMO: O presente artigo visa expor uma nova racionalidade na aplicação dos direitos humanos de modo integral no Direito Internacional Privado, mantendo a especificidade da disciplina. Esse objetivo exige reconhecer o regime jurídico diferenciado dos direitos humanos e sua incidência sobre os fatos transnacionais da vida privada, resultando em conflitos de direitos de indivíduos e empresas em situações antagônicas. Além disso, implica em analisar o modo pelo qual é possível interpretar tais direitos para que se preserve a tolerância e a alteridade do Direito Internacional Privado, evitando que haja uso excessivo dos vetores hermenêuticos nacionais, com a consequente aniquilação da própria identidade da disciplina.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Tolerância. Universalismo. Inclusão.

SUMÁRIO: Introdução: uma nova racionalidade. 1 A nova centralidade: os direitos humanos no plano nacional e internacional. 2 A eficácia horizontal dos direitos humanos e sua incidência nos fatos transnacionais da vida privada: a era dos direitos humanos 3 As quatro correntes. 3.1 A corrente clássica: os direitos humanos como projeção formal. 3.2 A segunda corrente: a aplicação indireta dos direitos humanos e a ordem pública. 3.3 As duas últimas correntes: a aplicação direta dos direitos humanos e suas espécies. 3.3.1 Noções gerais. 3.3.2 A aplicação direta dos direitos humanos de matriz nacional: o uso da *lex fori*. 3.3.3 A aplicação direta dos direitos humanos de matriz internacional: a busca da tolerância perdida. 4 Comparando as correntes: o Direito Internacional Privado à luz dos direitos humanos de matriz internacional. Conclusão: pela superação dos caminhos incertos e ingênuos. Referências.

ABSTRACT: This article aims to expose a new rationality in the application of human rights in a comprehensive manner in Private International Law, while maintaining the specificity of the discipline. This objective requires the recognition of the differentiated legal regime of human rights and its incidence on transnational facts of private life, resulting in conflicts of rights of individuals and companies in antagonistic situations. In addition, it implies analyzing the way in which it is possible to interpret such rights in order to preserve the tolerance and otherness of Private International Law, avoiding the excessive use of national hermeneutic vectors, with the consequent annihilation of the discipline's own identity.

KEYWORDS: Private International Law. Fundamental rights. Human rights. Tolerance. Universalism. Inclusion.

107

INTRODUÇÃO: UMA NOVA RACIONALIDADE

A relação do Direito Internacional Privado com a proteção dos direitos humanos é complexa e exige, inicialmente, o afastamento de significados desnecessários, superficiais ou redundantes sobre tal relação, desfazendo uma "névoa semântica" que torna difícil a visualização da racionalidade da inserção dos direitos humanos na disciplina. Por isso, inicialmente, expõe-se o que *não* consiste a proteção de direitos humanos no Direito Internacional Privado (DIPr).

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em São Paulo, no Brasil. Professor Titular do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Procurador Regional da República.



Em primeiro lugar, não consiste em reconhecer que a promoção desses direitos sempre existiu no Direito Internacional Privado, uma vez que a disciplina, ao tratar da vida privada transnacional, teria protegido direitos desde o séc. XII. Ocorre que, como veremos, os direitos humanos possuem características emancipadoras e visam a criação de uma sociedade solidária e inclusiva, o que obviamente não era um objetivo existente em épocas distantes.

Em segundo lugar, não consiste em reconhecer tão somente a centralidade dos direitos humanos no Direito Internacional Privado, uma vez que tal situação (a centralidade) atinge todos os ramos do Direito. É um truísmo afirmar que os direitos humanos devem ser respeitados pela disciplina, pois não se admite que possa existir qualquer disciplina jurídica que venha a violar ou amesquinhar os direitos humanos.

Em terceiro lugar, não consiste em afirmar que o objetivo do Direito Internacional Privado é promover a dignidade humana em abstrato, a qual deve orientar a interpretação das normas da disciplina. A dignidade humana envolve, de modo direto ou indireto, todos os indivíduos em seus fatos transnacionais da vida privada, inclusive os que estão em situação de antagonismo, não servindo para esclarecer o modo e a intensidade pela qual os direitos humanos incidem na disciplina.

Essa "névoa semântica" necessita ser desfeita, para que haja clareza e transparência no impacto transformador dos direitos humanos no Direito Internacional Privado.

A proposta do presente artigo consiste em expor de que modo é possível aplicar os direitos humanos e manter a especificidade da disciplina. Esse objetivo requer em reconhecer o regime jurídico diferenciado dos direitos humanos e sua incidência sobre os fatos transnacionais da vida privada, resultando em conflitos de direitos de indivíduos e empresas em situações antagônicas. Além disso, implica em analisar o modo pelo qual é possível interpretar tais direitos para que se preserve a tolerância e a alteridade do Direito Internacional Privado, evitando que haja uso excessivo dos vetores hermenêuticos nacionais, com a consequente aniquilação da própria identidade da disciplina.

1 A NOVA CENTRALIDADE: OS DIREITOS HUMANOS NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL

Os direitos humanos representam o conjunto de direitos indispensável para uma vida humana digna, pautada na liberdade e igualdade. Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos: as necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos. Faceta importante dos direitos humanos é o seu caráter emancipatório, pois retratam a luta do ser humano para o atendimento das suas necessidades vitais¹.

Em que pese a existência de "ideias âncoras" referentes à justiça, à igualdade e à liberdade, cujo conteúdo impregna a vida social desde o surgimento das primeiras comunidades humanas², o processo de formação da contemporânea concepção de direitos humanos recebeu forte influência dos apelos de promoção da dignidade humana e de respeito aos direitos essenciais na segunda metade do séc. XVIII e no curso do séc. XIX. As revoluções liberais, inglesa, americana e francesa, e suas respectivas Declarações de Direitos, marcaram a primeira clara afirmação histórica dos direitos humanos. No séc. XIX, houve a constitucionalização formal do rol de direitos humanos, que passaram a ser positivados nacionalmente³, deixando de ser amparados no universalismo filosófico de raiz jusnaturalista. A partir da inclusão nos textos de diversas Constituições, os direitos humanos passam a integrar o rol de direitos constitucionais, sendo também denominados de direitos fundamentais⁴.

Até a consolidação da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, com a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os direitos dependiam da positivação e proteção do Estado nacional. Por isso, eram direitos *locais*. Todavia, a

¹ HERRERA FLORES, Joaquim. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 71.

² CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 7a ed., São Paulo: Saraiva, 2020, pp.33-34.

³ Sobre a proteção nacional dos direitos humanos (direitos fundamentais), há extensa literatura entre os constitucionalistas. Ver TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

⁴ A distinção terminológica é adotada por diversos autores, mas deve ser reconhecida resistência dos Estados, tanto no plano doméstico quanto no plano internacional. No Brasil, a Constituição faz menção a "direitos humanos" ou "direitos da pessoa humana" em passagens do seu texto, ao invés de usar exclusivamente "direitos fundamentais". Na União Europeia, foi editada a "Carta de direitos fundamentais", em que pese sua origem internacional. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7a ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 34-40.



predominância positivista *nacionalista* dos direitos humanos do século XIX e início do século XX gerou proteção parcial e seletiva desses direitos em vários Estados, com o contínuo abandono dos vulneráveis, chegando no ápice da desmoralização após a barbárie nazista no seio da Europa (1933-1945), berço das revoluções inglesa e francesa⁵. A ruptura trazida pela experiência totalitária levou pessoas a serem tratadas, *de jure e de facto*, como supérfluas e descartáveis⁶.

Esse legado de exclusão exigiu a *reconstrução* dos direitos humanos após a 2ª Guerra Mundial⁷ sob uma ótica diferenciada: a da proteção *universal* pelo próprio Direito Internacional, a ser invocada na existência de falha protetiva estatal. Ficou evidente para os Estados envolvidos na criação da ONU – Organização das Nações Unidas – que a proteção dos direitos humanos *não* pode ser tida como parte do *domínio reservado* de um Estado. A soberania dos Estados foi, lentamente, sendo reconfigurada, aceitando-se que a proteção de direitos humanos fosse tida como *tema internacional* e não meramente tema da jurisdição *local*.

O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos gerou a positivação *internacionalista dos direitos humanos*, com normas e tribunais internacionais aceitos pelos Estados e com impacto direto na vida das sociedades locais. Essa *positivação internacionalista* foi identificada por Bobbio, para quem “os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declaração de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”⁸.

Consagrou-se o universalismo dos direitos humanos, tanto do ponto de vista material, por ser direito de todas e todos, quanto espacial, não limitado às fronteiras dos Estados. Porém, o universalismo seria meramente abstrato, caso cada Estado pudesse interpretar livremente os direitos previstos nos tratados. Manter uma *interpretação nacional* torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais incoerente: *universal* no texto, *nacional* na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana.

⁵ Nas palavras de Perelman, “essa concepção do positivismo jurídico soçobra ante os abusos do hitlerismo, como toda teoria científica inconciliável com os fatos”. PERELMAN, Chaïm. “É possível fundamentar os direitos do homem”, in *Ética e o Direito*. Trad. Maria Ermentina G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 395.

⁶ LAFER, Celso. “A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt”, in *Estudos avançados* 11 (30), 1997, p. 55-65, em especial p. 55.

⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 30.



No caso brasileiro, não é mais possível evitar a interpretação internacionalista, pois aderimos a vários mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos, como, por exemplo, o da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não cabe mais, então, interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos *sob uma ótica nacional*, desprezando a interpretação da Corte Interamericana, por exemplo.

2 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INCIDÊNCIA NOS FATOS TRANSNACIONAIS DA VIDA PRIVADA: A ERA DOS DIREITOS HUMANOS

A promoção da dignidade da pessoa humana consiste em princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da Constituição de 1988 - CF/88), impondo-se como *valor central* de todo o ordenamento jurídico. Trata-se de *epicentro axiológico*⁹, indispensável para orientar o trabalho do intérprete do Direito e do aplicador da lei. Além de possuir extenso rol de direitos espalhados em todo o seu corpo, a CF/88 adotou a abertura à internacionalização dos direitos humanos, fazendo menção a tratados internacionais (art. 5º, §§ 2º e 3º) e também a um “tribunal internacional de direitos humanos” (art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Esse robusto rol de direitos vincula as ações estatais, concretizando exigências de *abstenção, derrogação e, até mesmo, anulação de atos do Estado*, o que gera a chamada *eficácia vertical* dos direitos humanos (entre indivíduo e Estado). Além disso, há também a contaminação das relações privadas pelos direitos humanos, naquilo que se denomina *eficácia horizontal* dos direitos humanos (*eficácia externa, eficácia horizontal ou eficácia em relação a terceiros*)¹⁰, a qual consiste na proteção dada a tais direitos nas relações entre particulares.

A eficácia horizontal não admite que, em nome da liberdade e autonomia privada, particulares possam, nas suas relações sociais, violar direitos de outrem sem reação do Estado. Adverte Fachin que não basta a menção à tutela de direitos e promoção da dignidade humana em termos genéricos e abstratos, devendo existir rompimento com a lógica patrimonialista do

⁹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998, p. 92.

¹⁰ Há vários termos possíveis, como a eficácia em relação a terceiros (chamada de *Drittwirkung* na doutrina alemã - "direito em relação a terceiros") e eficácia dos direitos humanos nas relações privadas. ANDRADE, José Carlos de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 271. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 528 e seguintes.

direito privado, sem soluções mecanizadas, buscando-se uma "direção emancipadora"¹¹. Exige-se, ao contrário, que haja equilíbrio e ponderação entre a liberdade e a autonomia privada e outros direitos da parte adversa¹².

Há semelhanças entre a eficácia vertical e horizontal dos direitos humanos: de um lado, existe certa verticalidade nas relações entre particulares, cada vez mais caracterizadas pela assimetria entre as partes, com exercício de poder econômico e social por um dos lados, constatando-se o desequilíbrio de poder entre os indivíduos e empresas, em uma relação de verticalidade similar ou mesmo mais esmagadora do que nas relações entre os particulares e o poder público; de outro lado, nas relações entre particulares, a incidência dos direitos humanos exige, em geral, a intervenção dos agentes públicos para comprimir um direito e privilegiar outro, em conexão com uma ação estatal, tal qual ocorre com a eficácia vertical¹³.

No Brasil, a tese da eficácia horizontal dos direitos humanos foi acolhida no Supremo Tribunal Federal (STF) após a edição da CF/88. Em 2006, enfatizou-se a limitação da autonomia privada, que "não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional".¹⁴ O voto do Ministro Celso de Mello expressamente adere à teoria da incidência imediata dos direitos humanos ao mencionar que a autonomia da vontade não pode ser exercida contra direitos de indivíduos, uma vez que os direitos humanos têm eficácia contra os atos de particulares¹⁵.

Na seara da proteção internacional dos direitos humanos, a eficácia dos direitos humanos na esfera privada tem sido constantemente reconhecida nos textos normativos e na jurisprudência internacional. Entre os dispositivos expressos, mencione-se o artigo 13, "b" da Convenção para a eliminação de toda forma de discriminação contra mulher, o qual exige que os Estados adotem medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na obtenção, entre outras situações, de empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. "Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional" in *Revista de Derecho Comparado*, vol. 15, 2009, pp. 243-271, em especial p. 264-265.

¹² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, em especial p. 240.

¹³ Nesse sentido, SARLET, Ingo W. "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira". *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 30/05/2020.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal, RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11 de outubro de 2005, Segunda Turma, DJ de 27/10/2006.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11 de outubro de 2005, Segunda Turma, DJ de 27/10/2006.

financeiro. Assim, há dever dos Estados de intervir nos contratos bancários para eliminar qualquer discriminação, como a exigência obrigatória de coobrigado pelo único fato de ser a contratante mulher¹⁶. Outro exemplo é o artigo 2º da Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, que determina que o Estado deve combater a discriminação praticada por “quaisquer pessoas, grupo ou organização”, ou seja, os particulares não podem discriminar em suas relações intersubjetivas.

No que tange à jurisprudência, diversos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos implantaram a eficácia horizontal dos direitos humanos no âmbito das respectivas jurisdições. Em ambos os tribunais, somente possui legitimidade passiva o Estado, sendo a eficácia horizontal mencionada em casos envolvendo debate sobre a omissão do ente estatal diante da ocorrência de atos de particulares ofensivos a direitos de outros indivíduos¹⁷.

O desdobramento do reconhecimento nacional e internacional da eficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares é a sua invocação na vida privada transnacional.

Não sendo mais possível, no Brasil ou no plano internacional, sustentar que os direitos humanos não são aplicáveis às relações privada internas, há a natural detecção de direitos humanos também nos fatos transnacionais da vida privada, objeto incontestado do Direito Internacional Privado.

Assim, nas mais variadas temáticas da disciplina, como capacidade, família, bens, sucessão, contratos, jurisdição, cooperação jurídica internacional em matéria cível, entre outros, incidem os mais diversos direitos humanos, como o direito à autodeterminação, direito de propriedade, direito à vida familiar, liberdades das mais diversas (de informação, de expressão), direito à igualdade, direito de acesso à justiça, direito à ampla defesa e contraditório etc.

A disciplina ingressou na era dos direitos humanos, o que enseja a necessidade de detida análise sobre os delineamentos de tal inserção - que entendo transformadora -, bem como sobre o modo e intensidade de tal incidência.

¹⁶ COURTIS, Christian. "La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares" in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 405-429, p. 428.

¹⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *X e Y versus Holanda*, julgamento de 26 de março de 1985, em especial parágrafo 23. Corte Europeia de Direitos Humanos, caso *Young, James & Webster*, julgamento de 13 de agosto de 1981. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 297-298.

Apesar da extraordinária aceleração da discussão sobre os direitos humanos em todos os ramos do Direito, ainda há um oceano de incertezas e indagações sobre a forma em que é possível aplicar os direitos humanos no Direito Internacional Privado.

Identifico quatro distintas vertentes doutrinárias sobre a aplicação dos direitos humanos no Direito Internacional Privado.

A primeira é a vertente clássica, que considera inexistir impacto diferenciado, pois a disciplina em sua abordagem tradicional, teria protegido tais direitos na sua busca da consecução da justiça formal. A segunda é a da aplicação indireta dos direitos humanos, a qual reconhece a existência de um novo fenômeno, mas o incorpora na tradicional cláusula da ordem pública. A terceira é a da aplicação direta dos direitos humanos de matriz nacional, pela qual os direitos humanos conformam todo o Direito Internacional Privado, mas são interpretados localmente, de acordo com os vetores hermenêuticos da *lex fori*. A quarta, defendida pelo presente artigo, sustenta a aplicação direta dos direitos humanos de matriz internacional, pela qual o Direito Internacional Privado exige o uso da interpretação internacional dos direitos humanos, respeitando-se a tolerância e a alteridade que marcam a disciplina e visando emancipação e justiça social na atual fase de desigualdades trazidas pela globalização.

114

3 AS QUATRO CORRENTES

3.1 A CORRENTE CLÁSSICA: OS DIREITOS HUMANOS COMO PROJEÇÃO FORMAL

A corrente clássica entende que a proteção dos direitos humanos é realizada, via de regra, pelas regras materiais e não pelo Direito Internacional Privado. Não que os autores clássicos, do séc. XIX (fase da estabilização conflitual) ou do séc. XX repelissem ideais de justiça na disciplina, mas esses ideais eram projeções abstratas, sem impacto na formatação final das regras do DIPr. Nesse sentido, Pimenta Bueno, no primeiro livro publicado no Brasil, em 1863, sobre a disciplina, já defendia que o grande fim do Direito Internacional Privado seria "resolver com benevolência e justiça" os conflitos de leis¹⁸. Brocher, em 1876, anotou que o Direito

¹⁸ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Internacional Privado e aplicação de seus principios com referencia as leis particulares do Brazil*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1863, em especial p. 7.

Internacional Privado deveria satisfazer as "necessidades da justiça e da civilização" (*besoins de la justice et de la civilisation*¹⁹). Beviláqua adotou posição similar, defendendo que o desenvolvimento do Direito Internacional Privado é determinado pelo ideal de justiça entre os povos²⁰.

A consolidação do Direito Internacional Privado no século XIX foi feita pela introdução do método indireto multilateral (ou bilateral), ancorado na localização da lei da sede ou centro da relação jurídica transnacional. O cerne da disciplina era a identificação racional e com critérios objetivos e previsíveis do ordenamento adequado. Com essa visão, salienta Strenger que "[o] direito internacional privado tem por fim principal a aplicação da lei estrangeira em determinado país"²¹. Assim, não seria discutido, em geral, o resultado final da aplicação da lei, porque o ordenamento ao final indicado possuía o vínculo mais apropriado e, justamente por esse motivo, era considerado o centro ou sede da relação.

Forjou-se, na linguagem de Ferrer Correa, uma justiça formal, cuja função primordial seria fornecer uma estabilidade nas relações jurídicas, que não poderiam ser afetadas a depender do local onde elas fossem analisadas²².

Para essa visão clássica, a justiça que melhor resolvesse os conflitos envolvidos em um fato transnacional no direito internacional privado tradicional seria uma justiça espacial ou formal, não a justiça substancial ou material²³. Desse modo, o direito internacional privado tradicional não tem relação com a justiça material, que seria referente às soluções dadas aos "casos da vida" (na expressão de Machado), promovendo a justiça formal dada pelos "valores básicos da certeza e segurança jurídicas" ao localizar a lei em "casos da vida" imersos em ordenamentos distintos²⁴.

Percebe-se que a justiça formal no direito internacional privado, em geral, não debate o respeito aos direitos humanos nas regras da disciplina, sendo o papel de levar em consideração

¹⁹ BROCHER, Charles. *Nouveau traité de droit international privé au double point de vue de la doctrine et de la pratique*. Paris: E. Thorin Éditeur, 1876, p. 16.

²⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 1ª edição, Salvador: Livraria Magalhães, 1906, em especial p. 58-59.

²¹ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2000, em especial p. 63.

²² FERRER CORREIA, A. *Lições de Direito Internacional Privado - I*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 31.

²³ KEGEL, Gerhard. "The crisis of conflict of laws" in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, vol. 112, 1964, pp. 91-268, em especial p. 184-185.

²⁴ MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, em especial p. 45-46.

os diversos interesses e direitos envolvidos reservado à elaboração legislativa das regras materiais em cada estado.

No campo da justiça conflitual, o justo seria obtido pela indicação da lei (da nacionalidade, do domicílio, da residência habitual) que deveria regular a capacidade de fato de um determinado indivíduo. Como esclarece Fonseca, a justiça conflitual atua verificando o que é mais justo do ponto de vista do "adequado" ou do "conveniente" na localização espacial de determinado ordenamento para regular um fato transnacional²⁵.

Assim, a corrente clássica incorpora o respeito à justiça e à dignidade humana como projeções formais do Direito Internacional Privado, não utilizando tais cânones na formatação das regras da disciplina. Como exemplo de projeção formal, Dolinger sugere que a doutrina brasileira "esteve sempre sintonizada com o princípio do respeito ao ser humano, com sua dignidade", citando, ainda no Império, a doutrina de Pimenta Bueno²⁶.

Contudo, a corrente clássica distancia-se da contemporânea proteção de direitos humanos, que visa criar uma sociedade inclusiva, baseada na liberdade e igualdade, com forte carga emancipatória gerada pela proteção dos vulneráveis. Esse objetivo emancipatório é transformador, trazendo elemento de especificidade da incidência dos direitos humanos no Direito Internacional Privado em relação à promoção abstrata de direitos por parte da disciplina em épocas passadas. Não se pode afirmar que, na fase iniciadora da disciplina existia essa busca pela inclusão ou emancipação, em plena Europa dinástica, que somente a muito custo (e séculos depois), democratizou-se e buscou, no século XX, a construção de uma sociedade inclusiva. Tampouco se pode afirmar que o Direito Internacional Privado da obra de Pimenta Bueno de 1863, no Brasil monárquico e escravocrata de intensa exclusão e violência, assemelha-se à promoção da dignidade humana e defesa da sociedade inclusiva que hoje guiam a proteção dos direitos humanos.

Quando associamos a expressão "humanos" à ideia de "direitos", a presunção de superioridade, que é inerente aos direitos em geral (pois obrigam o sujeito passivo), torna-se peremptória, uma vez que esses direitos buscam proteger valores e interesses indispensáveis à

²⁵ FONSECA, José Roberto Franco da. "Considerações críticas sobre alguns temas de Direito Internacional Privado" in *Verba júris: anuário da pós-graduação em direito*. vol. 8, n. 8, 2009, pp. 21-40, em especial p. 26 e p. 37.

²⁶ DOLINGER, Jacob. "Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição brasileira de 1988. As ilusões do Pós-Modernismo/Pós-Positivismo. A visão judaica" in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 18, n. 70, 2010, pp. 24-90, em especial p. 74.

realização da dignidade humana. Os denominados "direitos humanos" passam a servir de veículos para a implementação dos princípios de justiça em uma sociedade²⁷.

Para garantir a justiça social, os direitos humanos contam com um regime jurídico próprio, baseado na assunção da sua fundamentalidade material, que os tornam indispensáveis a uma vida digna. Dessa maneira, os direitos humanos consistem em um rol aberto de direitos que contam com atributos diferenciados que transformam o Direito Internacional Privado²⁸.

Há três atributos dos direitos humanos com claro vínculo com o Direito Internacional Privado: a universalidade, preferenciabilidade e a limitabilidade.

A universalidade corresponde ao reconhecimento de direitos de todos os envolvidos nos fatos transnacionais. Consequentemente, esse atributo gera reflexão sobre a negação de direitos a estrangeiros, sobre o tratamento privilegiado para o nacional e a discriminação de determinada pessoa por lei nacional ou estrangeira por motivo odioso.

O segundo atributo é a preferenciabilidade, que impõe a prevalência dos direitos humanos dos envolvidos nos fatos transnacionais mesmo em face de outros interesses nacionais, o que gera questionamento sobre determinadas opções da ordem pública de Direito Internacional Privado, como a defesa da indissolubilidade do casamento, proibição de uniões do mesmo sexo e restrições injustificadas à maternidade de substituição. Essa preferenciabilidade retrata a superioridade normativa dos direitos humanos, que conformam e se impõem – pelo seu conteúdo – diante das demais normas do Direito Internacional Privado.

O terceiro atributo é a limitabilidade, que impede o automatismo ou o absolutismo no mundo dos direitos humanos diante da constatação de existência de colisões entre direitos, o que é especialmente relevante no Direito Internacional Privado. Não é possível, por exemplo, focar na liberdade ou autonomia negocial em um contrato internacional e olvidar a existência de outros direitos, como a igualdade da parte vulnerável em uma relação consumerista transnacional. Há a necessidade de se estabelecer uma ponderação de direitos vinculados ao fato transnacional, o que pode, novamente, impor modificações na regulação tradicional do Direito Internacional Privado.

A partir desses três atributos, o Direito Internacional Privado à luz dos direitos humanos desenvolve-se de modo distinto da determinação genérica de direitos no passado da disciplina.

²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. "A gramática dos direitos humanos" in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. a. I, nº 4, 2002, pp. 13-33, em especial p. 17.

²⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 189-302.



Toda a interpretação das normas de Direito Internacional Privado deve levar em consideração a realização do objetivo de universalização e de emancipação dos indivíduos, o que é típico da consagração de uma sociedade inclusiva pautada no respeito à dignidade humana e aos direitos humanos de todos os seus integrantes. Na atualidade, conforme Lima Marques, os direitos humanos devem ser entendidos como a "ponte" entre o direito internacional privado e o direito internacional público, pois agora o foco do DIPr é justamente a proteção dos direitos essenciais do indivíduo²⁹.

A invocação atual dos direitos humanos no Direito Internacional Privado tem outra fundamental importância: traz em seu bojo o instrumental analítico que permite a harmonização entre os inúmeros objetivos antagônicos envolvidos na disciplina na sua atual era de acúmulo de métodos e fontes.

O desenvolvimento econômico-social e a busca pela proteção de distintos interesses individuais e difusos com a gramática de direitos prevista nas Constituições e nos tratados de direitos humanos fomentaram o florescimento de um novo direito privado. Nesse sentido, para Lima Marques, os direitos fundamentais agem como garantia e limite do direito privado³⁰. A nova racionalidade de respeito aos direitos humanos e às aspirações sociais, centrada na proteção da pessoa humana e de sua dignidade, é incorporada pelo direito internacional privado.

Por isso, a era dos direitos humanos aplicada ao Direito Internacional Privado é o giro copernicano no tratamento da matéria e deve ser entendida como novidade, mas que não pode descartar, como veremos, a essência da tolerância e o respeito à alteridade que caracterizam e singularizam o DIPr³¹.

²⁹ MARQUES, Claudia Lima. "Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market" in FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MARQUES, C. Lima (orgs.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011, pp. 363-389, em especial p. 365.

³⁰ MARQUES, Claudia Lima. "O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a Drittwirkung no Brasil" in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, 2007, pp. 40-75, em especial p. 42.

³¹ Mais recentemente, como defensor no séc. XXI da corrente clássica, cite-se a posição de Vasconcelos (2019) para quem o Direito Internacional Privado "funcionaria, já há várias centenas de anos, como instrumento de proteção do ser humano". VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O Direito internacional privado e a Proteção do Ser Humano: A Falácia da Novidade" in CARVALHO RAMOS, André de. *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 270-288, em especial p. 271.



3.2 A SEGUNDA CORRENTE: A APLICAÇÃO INDIRETA DOS DIREITOS HUMANOS E A ORDEM PÚBLICA

A caracterização do Direito Internacional Privado como disciplina de sobredireito³², construída para localizar a jurisdição e a norma de regência dos fatos transnacionais sem preocupação com a efetiva solução regulatória a ser dada ao fato transnacional, limitou sobremaneira aceitação da aplicação dos direitos humanos.

Nessa visão tradicional, os direitos humanos estariam previstos, tal qual qualquer outra norma, no direito material do foro ou do direito estrangeiro, quer estivessem inseridos em leis ou tratados celebrados pelos Estados envolvidos. As regras de Direito Internacional Privado não poderiam afrontar a essência dos direitos humanos, pois estes possuem conteúdo material, não se desenvolvendo na esfera da localização do direito, que é a área de atuação "clássica" do Direito Internacional Privado. As regras de conexão não poderiam ser, em si, ofensivas aos direitos humanos por serem meros instrumentos de localização *in abstracto* do ordenamento a regular, materialmente, o fato transnacional.

119

Para esse olhar tradicional, o direito de propriedade não afetaria a regra de conexão de bens; ou, ainda, a submissão do regime matrimonial à lei nacional do marido não dizia respeito à igualdade entre homem e mulher, que só teria sentido para o direito material. O Direito Internacional Privado seria essencialmente um direito que fixa competências, de natureza formal e técnica³³. Para Moura Ramos, sob essa perspectiva, as regras do direito internacional privado seriam "infra-normas", na medida em que não regulariam comportamentos, mas articulariam os diversos ordenamentos jurídicos envolvidos³⁴.

Somente após a localização do ordenamento material, poder-se-ia admitir que a regra escolhida fosse, eventualmente, nociva aos direitos protegidos, situação na qual caberia o uso da cláusula de ordem pública, caso a ofensa fosse considerada grave o suficiente para abalar os valores essenciais do foro³⁵.

³² RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Mayer. *O objeto do direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956, p. 12.

³³ LABRUSSE, Catherine. "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)" in *Revue critique de droit international privé*, vol. 63, 1974, pp. 1-43, em especial p. 18-19.

³⁴ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Direito Internacional Privado e Constituição - introdução a uma análise das suas relações*. 3ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 195-197.

³⁵ FROHER, Estelle. *L'incidence de la convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 3.

A ordem pública no Direito Internacional Privado consiste no *conjunto de valores essenciais defendidos* por um Estado que impede: (i) a aplicação de lei estrangeira eventualmente indicada pelos critérios de conexão; (ii) a prorrogação ou derrogação da jurisdição; e, finalmente, (iii) a cooperação jurídica internacional pretendida. Há pouca variação doutrinária sobre o conceito de ordem pública, sendo comum a utilização do *critério da essencialidade* para defini-la: aquilo que é essencial e indispensável ao foro compõe a ordem pública no DIPr. Essa essencialidade do conteúdo da ordem pública gera sua função básica: proteger os valores do foro³⁶.

Consolida-se a aplicação indireta dos direitos humanos, que representa o seu uso como fonte material do conteúdo da ordem pública de DIPr do foro. Tal aplicação indireta é de matriz nacional, uma vez que é utilizada a interpretação dada nacionalmente a tais direitos para compor os "valores essenciais do foro".

Nessa linha, Beviláqua defendeu, já em 1906, que seria útil adicionar à noção de ordem pública o conceito de *bons costumes*, que trataria do respeito à "dignidade humana"³⁷. Na doutrina contemporânea, Nadia de Araujo, entre outros autores, aponta que o juiz deve, ao aplicar o direito estrangeiro, levar em conta os direitos fundamentais protegidos pela Constituição e pelas convenções internacionais de direito humanos no conceito genérico de ordem pública³⁸.

Contudo, a ordem pública possui conteúdo indeterminado e depende da constatação da ofensa a valores essenciais do ordenamento, o que pode gerar a exclusão de determinados direitos humanos, sem contar que repudia interpretações que não sejam a do foro.

Essa segunda corrente - em que pese o avanço em relação à primeira - trata a temática de modo insuficiente, pois não realiza o crivo, à luz dos direitos humanos, dos métodos e demais

³⁶ Para Strenger, a ordem pública é "toda base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para a sobrevivência desse Estado". STRENGER, Irineu. *Direito internacional Privado*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 446. Pilla Ribeiro resumiu o conteúdo da ordem pública como sendo composto por "princípios fundamentais da 'lex fori'". RIBEIRO, Elmo Pilla. *O princípio da ordem pública em direito internacional privado*. Porto Alegre, [s. ed.], 1966, p. 81.

³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. 1ª edição, Salvador: Livraria Magalhães, 1906, p. 83-84.

³⁸ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 7a ed., São Paulo: RT, 2018, p. 112. Ver também MIRAGEM, Bruno. "Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno" in ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Cláudia Lima (orgs.). *O novo Direito Internacional - estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 307-354, em especial p. 324. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "Ordem pública no Direito internacional privado e a Constituição" in *Revista de Ética e Filosofia Política*, nº 12, vol. 2, 2010, pp. 218-248, em especial p. 233.



institutos da disciplina. É também reducionista, pois pode deixar de lado alguns direitos que não sejam, de acordo com a *lex fori*, componentes dos "valores essenciais" da ordem pública.

Finalmente, é opaca e gera insegurança jurídica. Não se exige que o intérprete identifique claramente os direitos em colisão e que haja técnica de análise da ponderação que justifique as prevalências e compressões no caso concreto. Podem inclusive existir mudanças drásticas, a depender da interpretação que seja dada aos "valores essenciais do foro". Nesse sentido, Dolinger, em conferência proferida em 2006, enfatizou a alteração do conteúdo da ordem pública de Direito Internacional Privado na Bélgica (que anteriormente rejeitava o reconhecimento de casamento de pessoas do mesmo sexo, mesmo realizado em jurisdição estrangeira) para a situação de não admitir lei estrangeira que proibisse tal casamento. Ou seja, uma alteração radical do que antes chocava passou a ser obrigatoriamente aceita, reforçando a volubilidade do conceito de ordem pública de Direito Internacional Privado³⁹.

Por isso, seu uso gera a "volubilidade" retratada por Dolinger e, adiciono, imprevisibilidade no desenvolvimento da disciplina, que passa a depender do inconstante apelo a "valores essenciais do foro".

121

3.3 AS DUAS ÚLTIMAS CORRENTES: A APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS ESPÉCIES

3.3.1 A GLOBALIZAÇÃO E A ERA DO CONFLITO DE DIREITOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A aplicação direta ou imediata consiste na incidência dos direitos humanos como novo fator de conformação das regras do Direito Internacional Privado e do direito estrangeiro eventualmente indicado. Dois fatores recentes levam ao uso direto ou imediato dos direitos humanos na disciplina.

Em primeiro lugar, a globalização gerou o exponencial aumento dos fatos transnacionais, com a intensificação da velocidade das trocas comerciais e a interconexão entre os mercados, inclusive pela utilização maciça da internet⁴⁰. Nesse contexto, os fatos transnacionais tornam-

³⁹ DOLINGER, Jacob. "A ordem pública internacional brasileira frente a casamentos homossexuais e poligâmicos" in DOLINGER, Jacob. *Direito e amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 283-302, em especial p. 287 e 301.

⁴⁰ WATT, Horatia Muir. "La globalisation et le droit international privé" in ANCEL, Bertrand; AUDIT, Mathias e LAGARDE, Paul (eds). *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, pp. 591-606, em especial p. 591.



se cada vez mais complexos e envolvem direitos de diversos indivíduos e comunidades (direitos difusos e coletivos).

Reflexo dessa complexidade são os danos causados por empresas de atuação global, que criam, para evitar a reparação devida, estratégias de busca do "melhor direito" e da "melhor jurisdição", bem como estabelecem "véus corporativos" com a separação entre empresas do mesmo grupo econômico para frustrar a execução de sentenças estrangeiras⁴¹.

Os beneficiados pela globalização (os pertencentes ao 1% mais rico, chamados "plutocratas globais") aproveitam-se da economia globalizada graças às oportunidades de atuação em diversos países, que permitem, por exemplo, que franceses ou espanhóis especulem com a dívida pública da Argentina ou bilionários russos transfiram riqueza para o Reino Unido (auxiliando o setor financeiro britânico). Para Milanovic, os ganhos da globalização, caso esta continue, nunca serão distribuídos de modo igualitário⁴².

No Brasil, em sua plena inserção na globalização e em vigor o regime democrático, as desigualdades são resilientes: em média, entre 2006 e 2012, o 1% mais rico do Brasil apropriou-se de aproximadamente 25% da renda total brasileira, sendo que o 0,1% mais rico ficou com 11%⁴³.

O Direito Internacional Privado, ao ser acionado na busca do direito aplicável e da definição de jurisdição, nesse caso, deve cotejar não só o respeito à liberdade, autonomia negocial e segurança jurídica aos investidores, mas também ao direito difuso ao meio ambiente equilibrado, entre outros direitos dos afetados pelas atividades das corporações multinacionais.

Outro exemplo diz respeito à contratação internacional ofensiva a direitos humanos internacionalmente protegidos. Na hipótese de uma empresa utilizar trabalho infantil – lícito em certo Estado – e vender seus produtos para país desenvolvido – no qual o trabalho infantil é proibido –, surge a dúvida sobre como deve ser feita a coordenação entre as diversas fontes (e seus métodos) de normas incidentes, inclusive em um ambiente de autonomia da vontade das

⁴¹ BALLARINO, Tito. "Questions de droit international privé et dommages catastrophiques" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 220, 1990, pp. 289-387 em especial p. 342-345.

⁴² No original: "The gains from globalization will not be evenly distributed". MILANOVIC, Branko. *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 239.

⁴³ MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; CASTRO, Fábio Avila de. "O Topo da Distribuição de Renda no Brasil: Primeiras Estimativas com Dados Tributários e Comparação com Pesquisas Domiciliares (2006-2012)" in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 58, nº 1, 2015, pp. 7-36, em especial p. 28.

partes, que permite a escolha da norma e a submissão de eventual rescisão do contrato à arbitragem⁴⁴.

As duas situações ilustram a diversidade e a relatividade dos valores que podem estar inseridos nos métodos e fontes da disciplina, confrontando a liberdade dos agentes econômicos com a defesa de outros direitos, inclusive direitos difusos.

Falando da perspectiva europeia, Muir Watt entende que as transformações no Direito Internacional Privado são expressão de uma abordagem direcionada a direitos nas situações transnacionais, resultando no uso do reconhecimento de situações consolidadas no exterior sem o recurso às regras de conexão tradicionais⁴⁵. Para Opertti Badán, o direito internacional privado deixou de ser um "direito distribuidor", meramente remissivo e um "direito sobre o direito", para se tornar um "direito regulador"⁴⁶. Houve, assim, a perda do quase monopólio do método indireto rígido tradicional (método localizador), com a disciplina incorporando métodos com claros vínculos com a obtenção de resultados materiais, por meio da pluralidade de fontes (tanto em diplomas normativos nacionais quanto em tratados específicos)⁴⁷.

O segundo fator é exógeno ao Direito Internacional Privado e diz respeito justamente ao uso da gramática de direitos pelos indivíduos e comunidades envolvidas nos fatos transnacionais em um ambiente de fortalecimento do processo de constitucionalização e internacionalização dos direitos humanos.

O indivíduo prejudicado (ou empresa) pela incidência de um determinada regra de conexão tem a possibilidade de questionar a regra ou o direito estrangeiro localizado ou a jurisdição definida, bem como a sentença estrangeira a ser executada alegando "violação de direitos humanos", diante do Poder Judiciário do foro ou, ainda, diante de órgãos internacionais, como se vê nos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal de Justiça da União Europeia, entre outros.

⁴⁴ Sobre o direito internacional privado e seu impacto na regulação de violações de direitos humanos por parte de empresas, ver EECKHOUT, Veerle van den. "Corporate Human Rights Violations and Private International Law - The Hinge Function and Conductivity of PIL in Implementing Human Rights in Civil Proceedings in Europe: A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?" (November 25, 2011). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1964441>. Acesso em: 30/05/2020.

⁴⁵ WATT, Horatia Muir. "European Federalism and the 'New Unilateralism'" in *Tulane Law Review*, vol. 82, issue 5 (May 2008), pp. 1983-1998, em especial p. 1985.

⁴⁶ OPERTTI BADÁN, Didier. "Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence? Conférence inaugurale, session de droit international privé" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 359, 2012, pp. 9-86, em especial p. 83 e 84.

⁴⁷ Sobre a pluralidade de métodos no Direito Internacional Privado, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 149-182.

O DIPr, então, submete-se a um filtro *pro homine*, reforçando, pelas mãos dos indivíduos envolvidos nos fatos transnacionais da vida privada, a inclusão dos direitos humanos diretamente na disciplina.

A temática dos direitos humanos ficou impossível de ser contornada, levando o Direito Internacional Privado à era dos direitos humanos. Na feliz expressão de Weick, os direitos humanos passam a ser adotados como “métrica” (*measure-stick*) do conteúdo do Direito Internacional Privado⁴⁸.

3.3.2 A APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS DE MATRIZ NACIONAL: O USO DA *LEX FORI*

Inicialmente, a aplicação direta dos direitos humanos no Direito Internacional Privado foi feita a partir da valorização da redação dos direitos e sua interpretação de acordo com a perspectiva local. Trata-se de uma incidência de matriz nacional, que recorre à gramática dos direitos humanos e ao seu claro conteúdo universal apenas de forma descritiva, deixando a interpretação (e a palavra final) ao Estado do foro, forjando-se mais uma faceta do Direito Internacional Privado particularista. A interpretação pela *lex fori* resulta em aferir o alcance, a intensidade e os limites entre os direitos humanos envolvidos no fato transnacional a partir os cânones hermenêuticos do Estado do foro. Parte-se, assim, do conceito nacional dos direitos, que serve tanto para os fatos nacionais quanto para os fatos transnacionais.

Há duas críticas à essa corrente: (i) o repúdio ao *lex-forismo* e (ii) a possibilidade de choque com a interpretação internacionalista dos direitos humanos.

A primeira crítica consiste no reconhecimento de que o apelo exclusivo à visão doméstica é um excesso, verdadeiro comportamento deletério sarcasticamente denominado de *lex-forismo*⁴⁹, resultando em risco à tolerância e à diversidade, que os direitos humanos da atualidade buscam justamente proteger. A interpretação nacionalista dos direitos humanos

⁴⁸ WEICK, Günter. "Human rights and private international law" in MACELDOWNEY, John; WEICK, Günter (eds). *Human Rights in Transition*. Frankfurt am Main: Peter Lang Publishing, 2003, pp. 193-200, em especial p. 200.

⁴⁹ Termo utilizado (com essa grafia), em outro contexto, por SANTOS, António Marques dos. *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado - esboço de uma teoria geral*. vol.I, Coimbra: Almedina, 1991, p. 58.

ênfatisa a xenofobia jurídica, fragmentando o Direito Internacional Privado em um novo territorialismo e esterilizando a própria internacionalização da disciplina.

A segunda crítica diz respeito à fragilidade de uma aplicação de matriz nacional em face da crescente ação dos órgãos internacionais de interpretação de preceitos de direitos humanos. Se faltam mecanismos institucionais próprios de interpretação internacional no Direito Internacional Privado, é impossível negar que os órgãos quase judiciais ou judiciais internacionais de direitos humanos frequentemente analisam normas locais e tratados de direito internacional privado, caso tenham impacto sobre direitos protegidos. A interpretação nacionalista dos direitos dos indivíduos envolvidos nos fatos transnacionais será questionada pelos órgãos internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, a aplicação direta de matriz nacional recorre aos direitos humanos de um modo mitigado, extraíndo somente o texto de um direito, mas mantendo a sua interpretação nacionalista. A própria ponderação no caso de colisões de direitos no fato transnacional é feita de acordo com os vetores hermenêuticos locais. Assim, pelas mãos da aplicação direta dos direitos humanos de matriz nacional, o Direito Internacional Privado perde sua identidade fundada no respeito ao outro e na tolerância com a diversidade.

Essa absorção do Direito Internacional Privado pelos direitos humanos de matriz nacional deve ser evitada, pois, no limite, resulta em um uso hiperbólico da lei do foro, em detrimento de umas das principais razões de existir da disciplina, que é a tolerância com o outro.

3.3.3 A APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS HUMANOS DE MATRIZ INTERNACIONAL: A BUSCA DA TOLERÂNCIA PERDIDA

O risco do "desprezo do outro" da aplicação direta dos direitos humanos de matriz nacional põe em xeque a essência do Direito Internacional Privado, que é ser um direito da tolerância e da diversidade.

Goldschmidt denominava a disciplina de "direito da tolerância"⁵⁰, considerando que o verdadeiro Direito Internacional Privado era baseado no cosmopolitismo, oposto ao chauvinismo jurídico, que se manifesta pelo respeito ao estrangeiro e ao que é diferente do que

⁵⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. 7.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. XXI.

comumente admitido no foro⁵¹. Deprez assevera ser o Direito Internacional Privado um convite à alteridade, devendo-se evitar a superioridade entre civilizações, o estabelecimento de hierarquias no choque dos direitos e, no limite, o etnocentrismo⁵².

Em uma disciplina caracterizada pela tolerância e que maneja a potencial aplicação de direito estrangeiro, o uso da interpretação nacionalista dos direitos humanos implica necessariamente em não se dar o necessário peso a distintas concepções de direitos e, conseqüentemente, ao direito à diversidade cultural. Cria-se nova dimensão do Direito Internacional Privado particularista, que é baseada no predomínio dos direitos tal qual configurados pelo foro. Fica definido mais um antagonismo no Direito Internacional Privado contemporâneo, que implica em saber como garantir o respeito aos direitos humanos e, simultaneamente, respeitar a diversidade cultural e as opções estrangeiras distintas das opções adotadas pelo foro.

Por isso, proponho uma quarta corrente: a aplicação direta dos direitos humanos de matriz internacional, na qual os direitos humanos, com uso de sua interpretação internacionalista, incidem sobre todas as normas do Direito Internacional Privado e do direito estrangeiro eventualmente indicado.

Tal interpretação internacional deve ser usada tanto para (i) identificar os direitos envolvidos nos fatos transnacionais da vida privada quanto para (ii) solucionar as inevitáveis colisões, utilizando-se a fundamentação internacionalista para justificar a ponderação, com as conseqüentes prevalências e compressões entre direitos de indivíduos em situações antagônicas.

Além de ser a mais compatível com o "espírito de tolerância" da disciplina, essa corrente embasa-se na prática recente dos próprios indivíduos envolvidos nos fatos transnacionais da vida privada, que, ao se sentirem prejudicados, exigem o respeito aos direitos humanos tais quais interpretados internacionalmente, fazendo nascer precedentes internacionais no âmbito do Direito Internacional Privado.

Nessa linha, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) sobre a aplicação de tratados de Direito Internacional Privado é conhecida e hoje indispensável para que se compreenda a aplicação da disciplina à luz

⁵¹ GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952, p. 32-33.

⁵² DÉPREZ, Jean. "Droit international privé et conflits de civilisations - aspects méthodologiques" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 211, 1988, pp. 9-372, em especial p. 36.



dos direitos humanos⁵³. Mesmo no sistema interamericano de direitos humanos, já houve análise de potenciais violações à Convenção Americana de direitos humanos em alguns casos de sequestro internacional de crianças (temática regulada por tratado interamericano) pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵⁴.

A invocação internacionalista dos direitos humanos no Direito Internacional Privado impõe a superação da visão meramente local da temática. Em face da multiplicação de precedentes internacionais de direitos humanos, que se referem a temas do objeto do Direito Internacional Privado, fornece-se uma alternativa *pro homine* de conformação da disciplina.

4 UNIVERSAL, TOLERANTE E INCLUSIVO E O RISCO DO "ABSOLUTISMO DOS DIREITOS HUMANOS"

As quatro correntes acima expostas possuem significativas diferenças que, na essência, apoiam-se em distintas visões do próprio conteúdo da disciplina no século XXI.

Para a corrente clássica, que pugna pela prevalência da justiça formal, o Direito Internacional Privado não necessita de nova problematização, pois a adequada alocação espacial do direito já seria suficiente, em uma projeção de defesa de direitos e da dignidade humana.

Contudo, essa não é a realidade dos indivíduos e empresas envolvidas nos fatos transnacionais da vida privada: o uso da linguagem de direitos humanos é um recurso importante para a defesa de seus interesses perante os Tribunais locais e os órgãos internacionais.

Dado o tempo da sua formação, a corrente clássica não foi sensível aos antagonismos e as colisões de direitos nas mais diversas situações da vida privada transnacional. Por exemplo, em uma sucessão transnacional, a liberdade de testar pode se chocar com o direito à herança; em uma família transnacional, o direito à vida familiar da criança pode ser contraposto ao direito da genitora de dissolver seu casamento abusivo e sua liberdade de mudar de país; em um contrato internacional, a liberdade de contratar pode ser oposta ao direito à proteção da pessoa

⁵³ FAWCETT, James J.; SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní; SHAH, Sangeeta. *Human Rights and Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 718 e seguintes.

⁵⁴ Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caso *X e Z v. Argentina*, Report n. 71/00, julgamento de 3 de outubro de 2000.



incapaz ou aos consumidores em contratos transnacionais. Nascem, então, colisões múltiplas que a corrente clássica não resolve.

Na corrente da aplicação indireta dos direitos humanos no Direito Internacional Privado (a "corrente da ordem pública"), a identificação dos direitos e a solução das colisões são feitas de modo opaco e volúvel. Tudo depende do conteúdo da ordem pública do foro. Aumenta-se exponencialmente o risco de arbítrio e decisionismo, o que dificulta a vida privada transnacional, ofendendo - em nome dos direitos humanos - o direito à segurança jurídica. A corrente da ordem pública assemelha-se à corrente clássica (não são excludentes), na medida em que atualiza um instituto tradicional na disciplina (a ordem pública), dando-lhe o conteúdo de direitos humanos. Contudo, como o instituto possui contornos indeterminados, a gramática dos direitos humanos perde sua clareza, gerando indeterminação e dúvidas sobre como decidir nos difíceis casos de colisão envolvendo os fatos transnacionais da vida privada.

Já a corrente da aplicação direta de matriz nacional mostra a evolução da disciplina rumo à incidência dos direitos humanos, mas com modo e intensidade a partir da lei do foro, rompendo a missão do Direito Internacional Privado de realizar a gestão da diversidade normativa e jurisdicional à luz de tratamento igualitário e não discriminatório entre os diferentes ordenamentos envolvidos.

Em face das insuficiências dessas abordagens, surgem vozes pelo retorno ao passado, ao Direito Internacional Privado mecânico, aparentemente neutro. Struycken, por exemplo, defende a ausência de superioridade de valores contidos nas regras do foro em relação aos da lei estrangeira indicada. Para o autor, há a necessidade de respeito aos valores da lei estrangeira, oriundos de uma história jurídica e de relações sociais que não podem ser ignoradas pelo Estado do foro, sendo inevitável a diferença de visões sobre o "direito justo" e a "justiça" em situações transnacionais, somente sendo possível o uso da "válvula de segurança" da ordem pública se a aplicação da lei estrangeira redundasse em resultados "repugnantes"⁵⁵. Contudo, o retorno ao modelo clássico localizador levaria também ao desrespeito a direitos, sem resolver o drama da opacidade na avaliação dos direitos envolvidos. Afinal, o que seria um "resultado repugnante"?

Assim, a coordenação (articulação) dos ordenamentos jurídicos deve ser feita à luz dos direitos dos envolvidos, considerando a especificidade do tratamento dos fatos transnacionais.

⁵⁵ STRUYCKEN, Antoon Victor Marie. "Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law" in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 311, 2004, pp. 9-551, em especial p. 222.

Essa especificidade consiste na existência de um ordenamento estrangeiro, com opções distintas das do foro, as quais, em nome do direito à diversidade cultural, não podem ser ignoradas como a corrente da aplicação direta de matriz nacional o faz.

Além disso, após a constatação dos efeitos sociais excludentes da globalização, o olhar internacionalista de direitos humanos aqui proposto exige que seja imposto o fio condutor da proteção do vulnerável⁵⁶ na relação transnacional para servir de parâmetro da interpretação dos direitos protegidos nos fatos transnacionais. Reconhece-se a dificuldade, como assinala Gaudemet-Tallon, de concretizar um pluralismo coerente (*pluralisme cohérent*), que, consciente da riqueza de cada ordenamento jurídico envolvido nos fatos transnacionais, seja capaz de encontrar soluções adequadas⁵⁷. A coordenação na diversidade é necessária para repelir a diluição da disciplina na fragmentação de métodos, fontes e objetivos plúrimos desconectados dos demais.

Por isso, a opção pela aplicação direta ou imediata dos direitos de matriz internacional apresenta uma abordagem nova, que se inicia com a tradução dos interesses (e soluções jurídicas) existentes em um fato transnacional para a linguagem dos direitos humanos aceitos pelas normas internacionais e nacionais. Tal tradução permite transparência e concretiza o cenário de conflito explícito de direitos individuais e difusos que permeiam o fato transnacional da vida privada.

Com o uso da linguagem de direitos humanos, é possível comparar racionalmente o jogo de prevalências e compressões ofertadas pelo Estado do foro, de um lado, com a do direito estrangeiro, de outro. Contudo, essa comparação não pode ser feita com recurso à interpretação localista do foro, sob pena de recairmos, novamente, na supremacia das opções nacionais.

É necessário um "olhar internacionalista" sobre tais opções, impondo-se a solução jurídica que esteja em linha com a contemporânea proteção internacional de direitos humanos e seus inúmeros precedentes sobre os direitos dos indivíduos envolvidos nos fatos transnacionais. É uma "orientação universalista", que tem como vantagem proteger a diversidade cultural e a tolerância típicas do Direito Internacional Privado, sem o retorno à

⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. "A pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro" in MENDES, Gilmar Ferreira; GRUNDMANN, Stefan; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2ª ed., São Paulo: RT, 2014, pp. 287-331, em especial p. 289-290 e p. 313-314.

⁵⁷ GAUDEMET-TALLON, Hélène. "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 312, 2005, pp. 9-488, em especial p. 471.

visão, inaceitável nos dias de hoje, de uma disciplina pretensamente neutra e despida de preocupação sobre resultados materiais.

O epicentro do direito internacional privado agora objetiva uma sociedade inclusiva, baseada no universalismo e na tolerância. A interpretação das normas da disciplina passou a levar em consideração a realização do objetivo de universalização e de emancipação dos indivíduos, forjando um Direito Internacional Privado universal, tolerante e inclusivo. Ao Direito Internacional Privado atual incumbe, ainda, a realização de seus amplos objetivos com respeito às diferenças e à diversidade cultural, impondo, no dizer de Jayme, que a igualdade tome em consideração as diferenças entre os indivíduos⁵⁸.

Com a centralidade da proteção da pessoa humana e de sua dignidade, o Direito Internacional Privado incorpora a nova racionalidade de respeito aos direitos humanos e aspirações sociais, que se torna urgente no pós-crise econômica global de 2008 e na atual crise fruto da pandemia do COVID-19.

No caso brasileiro, o uso da interpretação internacionalista na análise de normas do Direito Internacional Privado e da lei estrangeira indicada não é ofensivo à Constituição de 1988, sendo amparada na abertura constitucional ao direito internacional, como se vê no art. 5º, §§ 2º e 3º, entre outros. Consagra-se um Direito Internacional Privado à luz dos direitos humanos de matriz internacional (ou universal), que busca aferir a dignidade humana e o conteúdo de direitos protegidos nos fatos transnacionais de acordo com parâmetros extraídos de decisões de órgãos internacionais de direitos humanos.

CONCLUSÃO: PELA SUPERAÇÃO DOS CAMINHOS INCERTOS E INGÊNUOS

O artigo abordou as mais diversas formas de se entender a extraordinária fase de contágio do Direito Internacional Privado pela gramática dos direitos humanos, inicialmente pelas mãos das Constituições e, depois, pelo toque de Midas da proteção internacional dos direitos humanos.

Esse ciclo de invocação dos direitos humanos gerou negações, inseguranças e chauvinismo. É o momento de se superar determinadas considerações ingênuas, erráticas e perigosas para a diversidade, levando-se a sério os direitos humanos na disciplina.

O tratamento adequado dos direitos humanos no Direito Internacional Privado exige que

⁵⁸ JAYME, Erik. "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne" in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 251, 1995, pp. 9-267, em especial p. 251 e seguintes.

sejam detectados os direitos em cada situação transnacional e delimitadas as colisões entre os interesses antagônicos dos indivíduos e empresas envolvidos nos fatos transnacionais, bem como que se obtenha uma interpretação desses direitos que não desconsidere a tolerância e a promoção da diversidade e da justiça, que representam a essência do Direito Internacional Privado. Somente com tais delimitações dos direitos e das colisões, pode-se evitar o arbítrio do intérprete e o uso meramente retórico e superficial de conceitos como "dignidade humana" ou "proteção de direitos humanos" abstratamente considerados.

É necessário se obter coerência e consistência na interpretação que é dada a esses direitos, em um cenário de expansão e conflitos latentes entre direitos de titularidades distintas. Esse "cenário de conflitos" é típico de um Direito Internacional Privado da atualidade, no qual indivíduos distintos clamam pela gramática dos direitos humanos no (i) uso ou no (ii) rechaço do direito estrangeiro para reger suas pretensões.

Há grande risco de perda da identidade do Direito Internacional Privado, caso a interpretação e a ponderação entre os direitos em conflito na vida privada transnacional sejam feitas com base nos marcos locais (a interpretação de matriz nacional). O uso de cânones interpretativos do Estado do foro, mesmo que eivado da boa intenção de "preservar os direitos humanos", distorce os ideais de tolerância e alteridade da disciplina, desnaturando-a.

Por isso, defende-se o uso da aplicação direta dos direitos humanos de matriz internacional, fazendo triunfar uma disciplina com identidade clara, universalista, voltada à promoção dos direitos de todos os envolvidos nos fatos transnacionais da vida privada.

Pavimenta-se um caminho para um rejuvenescido Direito Internacional Privado inclusivo, que trate de modo coerente e consistente todos os direitos dos envolvidos nos fatos transnacionais, não desprezando a alteridade e o direito à diversidade cultural, desembocando em uma disciplina sólida, apta a enfrentar os desafios do séc. XXI.

Por fim, este artigo possuiu ainda a pretensão - longínqua e modesta - de iniciar o debate sobre as linhas de um Direito Internacional Privado com nítidas raízes brasileiras, que inclua a gramática de direitos humanos e seu instrumental análico nas mais diversas temáticas da disciplina, focando especialmente na defesa da proteção do vulnerável e na promoção da igualdade material. Busca-se, a longo prazo, forjar um Direito Internacional Privado inclusivo à luz da realidade desigual brasileira como marco teórico, gerador de um jusprivatismo internacionalista brasileiro, singular e inovador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2018.

BALLARINO, Tito. "Questions de droit international privé et dommages catastrophiques" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 220, 1990, pp. 289-387.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*. 1ª edição, Salvador: Livraria Magalhães, 1906.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11 de outubro de 2005, Segunda Turma, DJ de 27/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11 de outubro de 2005, Segunda Turma, DJ de 27/10/2006.

BROCHER, Charles. *Nouveau traité de droit international privé au double point de vue de la doctrine et de la pratique*. Paris: E. Thorin Éditeur, 1876.

CARVALHO RAMOS, André de (org). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso X e Z v. Argentina, Report n. 71/00, julgamento de 3 de outubro de 2000.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, Caso X e Y versus Holanda, julgamento de 26 de março de 1985.



CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Young, James & Webster*, julgamento de 13 de agosto de 1981.

COURTIS, Christian. "La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares" in SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 405-429.

DÉPREZ, Jean. "Droit international privé et conflits de civilisations - aspects méthodologiques" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 211, 1988, pp. 9-372.

DOLINGER, Jacob. "A ordem pública internacional brasileira frente a casamentos homossexuais e poligâmicos" in DOLINGER, Jacob. *Direito e amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 283-302.

DOLINGER, Jacob. "Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição brasileira de 1988. As ilusões do Pós-Modernismo/Pós-Positivismo. A visão judaica" in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 18, n. 70, 2010, pp. 24-90.

EECKHOUT, Veerle van den. "Corporate Human Rights Violations and Private International Law - The Hinge Function and Conductivity of PIL in Implementing Human Rights in Civil Proceedings in Europe: A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?" (November 25, 2011). Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1964441> . Acesso em: 30/05/2020.

FAWCETT, James J.; SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní; SHAH, Sangeeta. *Human Rights and Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

FERRER CORREIA, A. *Lições de Direito Internacional Privado - I*. Coimbra: Almedina, 2000.

FONSECA, José Roberto Franco da. "Considerações críticas sobre alguns temas de Direito Internacional Privado" in *Verba júris: anuário da pós-graduação em direito*. vol. 8, n. 8, 2009, pp. 21-40.

FROHER, Estelle. *L'incidence de la convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. 7.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1952.

HERRERA FLORES, Joaquim. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Trad. de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

JAYME, Erik, "Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 282, 2000, pp. 9-40.

JAYME, Erik. "Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tomo 251, 1995, pp. 09-267.

JAYME, Erik. "O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização" in ARAUJO, Nadia de e MARQUES, Claudia Lima (orgs.). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 03-20.

JUENGER, Friedrich K. *Choice of Law and Multistate Justice*. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

KEGEL, Gerhard. "The crisis of conflict of laws" in *Recueil des Cours de l'Académie Internationale de la Haye*, vol. 112, 1964, pp. 91-268.

LABRUSSE, Catherine. "Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale (à propos de la décision du Tribunal constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)" in *Revue critique de droit international privé*, vol. 63, 1974, pp. 1-43.

LAFER, Celso. "A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt", in *Estudos avançados* 11 (30), 1997, p. 55-65.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MACHADO, João Baptista. *Lições de Direito Internacional Privado*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. "O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a Drittwirkung no Brasil" in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, 2007, p. 40-75.

MARQUES, Cláudia Lima. "Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market" in ARROYO, Diego P. Fernández e Marques, C. Lima (orgs.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción : CEDEP, 2011, pp. 363-389.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; CASTRO, Fábio Avila de. "O Topo da Distribuição de Renda no Brasil: Primeiras Estimativas com Dados Tributários e Comparação com Pesquisas Domiciliares (2006-2012)" in *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 58, nº 1, 2015, pp. 7-36

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILANOVIC, Branko. *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

MIRAGEM, Bruno. "Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno" in ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (orgs.). *O novo Direito Internacional - estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 307-354.

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Direito Internacional Privado e Constituição - introdução a uma análise das suas relações*. 3ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Ed., 1994, p. 195-197.

OPERTTI BADÁN, Didier. "Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence? Conférence inaugurale, session de droit international privé" in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 359, 2012, pp. 9-86.

PERELMAN, Chaïm. "É possível fundamentar os direitos do homem", in *Ética e o Direito*. Trad. Maria Ermentina G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referencia as leis particulares do Brazil*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1863.

RIBEIRO, Elmo Pilla. *O princípio da ordem pública em direito internacional privado*. Porto Alegre, [s. ed.], 1966.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Mayer. *O objeto do direito internacional privado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

SANTOS, António Marques dos. *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado - esboço de uma teoria geral*. vol.I, Coimbra: Almedina, 1991.

SARLET, Ingo W. "Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira". *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. Acesso em: 30/05/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional Privado*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

STRUYCKEN, Antoon Victor Marie. "Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement: General Course on Private International Law" in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 311, 2004, pp. 9-551

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "O Direito internacional privado e a Proteção do Ser Humano: A Falácia da Novidade" in CARVALHO RAMOS, André de (org.). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 270-288.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "Ordem pública no Direito internacional privado e a Constituição" in *Revista de Ética e Filosofia Política*, nº 12, vol. 2, 2010, pp. 218-248.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "A gramática dos direitos humanos" in *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. a. I, nº 4, 2002, pp. 13-33.

WATT, Horatia Muir. "European Federalism and the 'New Unilateralism'" in *Tulane Law Review*, vol. 82, issue 5 May 2008), pp. 1983-1998.

WATT, Horatia Muir. "La globalisation et le droit international privé" in ANCEL, Bertrand; AUDIT, Mathias e LAGARDE, Paul (edits). *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, pp. 591-606.

WEICK, Günter. "Human rights and private international law" in MACELDOWNEY, John; WEICK, Günter (eds). *Human Rights in Transition*. Frankfurt am Main: Peter Lang Publishing, 2003, pp. 193-200.



O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

OPPORTUNISTIC BEHAVIOR AND SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY

Aline França Campos*

RESUMO: A empresa, atividade econômica organizada voltada para a produção e/ou circulação de bens e/ou mercadorias, é fonte de geração de riquezas, sobretudo através da criação de empregos e do recolhimento de tributos. Os tributos são essenciais ao Estado no custeio de seus projetos. Os empregos, por sua vez, são essenciais ao acesso da pessoa natural a bens e serviços. A empresa, assim, no exercício de sua função social, é instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, vez que possibilita ao Estado proporcionar o mínimo existencial a todos, bem como àqueles economicamente ativos acessar o mercado de consumo. A vida digna só é alcançada à medida que se garante à pessoa um mínimo existencial. É em função do papel desempenhado pelo agente econômico que se faz necessário apontar as respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico ao comportamento oportunista, sobretudo em momentos de graves crises. O comportamento oportunista, configurado quando da busca de satisfação exclusiva de interesses próprios, importa não somente em atuação abusiva e/ou contrária à boa-fé. Caracteriza também clara inobservância à função social da empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa. Dignidade da pessoa humana. Função social da empresa. Comportamento oportunista.

ABSTRACT: The company, an organized economic activity focused on the production and/or circulation of goods and/or merchandise, is a source of wealth generation, mainly through the creation of jobs and tax collection. Taxes are essential to the State in the financing of its projects. Jobs, in turn, are essential to the natural person's access to goods and services. The company, therefore, in the exercise of its social function, is an instrument of promotion of the human dignity, since it enables the State to provide the existential minimum to all, as well as to those economically active to access the consumer market. A dignified life is only achieved as it is guaranteed to the person an existential minimum. It is due to the role played by the economic agent that legal system responds to opportunistic behavior, especially in times of serious crises. Opportunistic behavior, configured when seeking exclusive satisfaction of self-interest, does not only imply an abusive and/or contrary to good faith performance. It also features a clear disregard for social function of company.

KEYWORDS: Company. Human dignity. Social function of the company. Opportunistic behavior.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dignidade da pessoa humana: busca pela fixação de seu conteúdo. 2 O comportamento oportunista e a função social da empresa. 3 A atividade econômica na Constituição da república. 3.1 Recursos patrimoniais: mínimo existencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Empresa é a atividade econômica organizada voltada para a produção e/ou circulação de bens e/ou mercadorias no mercado, ou seja, é nos termos do perfil funcional da teoria desenvolvida por Alberto Asquini, “organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a

* Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em Curitiba, no Brasil. Pós-doutora, Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), em Belo Horizonte, no Brasil. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em Belo Horizonte, no Brasil. Professora na Faculdade Milton Campos, em Nova Lima, Minas Gerais, no Brasil.

empresa aparece como aquela força em movimento que é a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo”¹.

É, assim, indispensável à maximização da produção e distribuição de recursos patrimoniais. Razão pela qual, André Luiz de Queiroz e Frederico Eduardo Glitz afirmam que o empresário – responsável pela organização dos fatores de produção necessários à exploração da atividade econômica – é o motivador da progressão econômica, “seja pela otimização da utilização dos fatores de produção existentes na natureza, seja pela criação de novos métodos produtivos e novos objetos de consumo, ou pela descoberta de novas necessidades e novos mercados”².

Com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração, reconheceu-se que os recursos patrimoniais – que são distribuídos, na iniciativa privada, através da exploração de uma atividade econômica – também são necessários à consecução da existência digna da pessoa humana. Não se pode olvidar que, como o sistema brasileiro é capitalista, a ordem econômica, disciplinada constitucionalmente, volta-se especialmente à iniciativa privada, ou seja, à exploração da empresa por particulares. Assim, “no Brasil, admitimos a livre iniciativa para que se dê existência digna a todos”³.

A produção, como leciona Eduardo Pimenta, constitui-se em valor instrumental, pois “consiste em um meio pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de alcance de outros valores como a Liberdade e a Dignidade”⁴, ou seja, é ferramenta para que se alcance a própria dignidade da pessoa humana. Na medida em que se desenvolvem atividades econômicas empresárias, postos de trabalhos, tributos e riquezas são gerados. Ressalte-se que os tributos gerados pela empresa são indispensáveis ao Estado na consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, vez que são fonte de custeio do aparato institucional.

¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale 41, I, 1943). Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, outubro/dezembro, 1996, p. 116.

² QUEIROZ, André Luiz Lamin Ribeiro de; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A ineficiência econômica na atribuição da responsabilidade civil empresária – anotações sobre os efeitos da proteção consumerista sobre o mercado. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, n. 3, setembro/dezembro, 2014, p.14.

³ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 225.

⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 24.

Os recursos patrimoniais gerados pela empresa, assim, são necessários à consecução de outros valores e direitos que a Constituição pretende ver realizados. O Estado sozinho não é capaz de atender a todas as necessidades sociais, atingindo todos os valores buscados. Razão pela qual “o direito deve oferecer instrumentos para que os particulares sejam incentivados a exercer atividades econômicas voltadas ao lucro, gerando emprego e renda e, assim, colaborando com o Estado na realização dos valores fundamentais”⁵.

O Estado deve propiciar, especialmente por meio do direito, um ambiente de estímulo ao empreendedorismo e, por conseguinte, de desenvolvimento econômico e social do país. Como aponta Paula Forgioni, “o perfil social do mercado reserva ao direito outra função, além da mera preservação do sistema de produção: a ele toca também a implementação de políticas públicas com o escopo de dar concreção aos objetivos sociais constitucionalmente fixados”⁶. Ao incentivar e promover a atividade econômica, o Estado volta-se não somente para a implementação dos direitos individuais, mas, como se verá a seguir, volta-se também para o desenvolvimento dos direitos sociais.

Os empresários devem também, no exercício da empresa, buscar a promoção da dignidade humana, cumprindo sua respectiva função social, razão pela qual os comportamentos oportunistas, especialmente em momentos de crises econômicas, merecem resposta do direito.

O comportamento oportunista surge da natural incompletude dos contratos. A parte, apoiada nas lacunas e omissões contratuais, busca a satisfação exclusiva de interesses próprios, abalando a confiança – essencial em relações contratuais. Assim, quando o empresário, à custa da outra parte, tem como único objetivo aumentar seus lucros ou reduzir suas perdas no bojo da renegociação contratual imposta por situações de crise, comporta-se não somente de forma contrária à boa-fé. Deixa também de observar a função social da empresa, como se pretende demonstrar.

⁵ BARROS, Eduardo Bastos de. A função constitucional da limitação de responsabilidade do sócio nas sociedades anônimas e limitadas. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 2, maio/agosto 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236817>>. Acesso em: 8 outubro 2016.

⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 185.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BUSCA PELA FIXAÇÃO DE SEU CONTEÚDO

A Constituição Federal estabelece expressamente que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e um dos fins da ordem econômica (art. 170, *caput*). Ressalte-se que o art. 4º do mesmo diploma ainda consagra que as relações internacionais do Brasil são regidas pela prevalência dos direitos humanos, que, como é sabido, decorrem⁷ da busca histórica pela promoção da dignidade humana. O difícil, no entanto, é fixar o seu conteúdo, vez que, como salienta Ingo Sarlet⁸, trata-se de “conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”. Tal dificuldade talvez decorra do fato de que a dignidade da pessoa humana seja inerente a toda pessoa natural, ou seja, é parte integrante da própria condição humana, reclamando, assim, um processo de constante desenvolvimento:

Neste contexto, costuma-se apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta), não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Assim, há que reconhecer que também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito normativo-jurídico, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.⁹

⁷ Eis a lição de Ingo Sarlet ao reconhecer que não há um direito fundamental à dignidade: [...] compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que – como teremos oportunidade de demonstrar – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69).

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

Assim, nos termos do art. 1º da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, de 1948, que estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, a dignidade da pessoa humana poderia ser entendida como a potencial capacidade que cada indivíduo possui de autodeterminar suas condutas, segundo seu próprio projeto de vida. Compete, logo, ao Estado e à sociedade adotarem posição tanto defensiva como promocional da dignidade de todos, possibilitando-se o pleno exercício da liberdade, bem como a proteção até mesmo daqueles que já perderam sua capacidade de autodeterminação. Neste sentido, nenhuma pessoa natural poderia ser tida como mero instrumento para se atingir determinado fim, descaracterizando sua condição de sujeito de direitos. Seres humanos não podem ser vistos como objeto de direitos.

Ocorre que a dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida dissociada de seu contexto histórico e cultural. Poder-se-ia, logo, afirmar, que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é fixo e nem mesmo universal, devendo ser definido e operacionalizado na casuística. A prática de determinado ato para uma dada comunidade pode parecer atentatório à dignidade, mas, por sua vez, analisado sob outro contexto histórico e, sobretudo, cultural, pode parecer lícito para outra. Bastaria, como indica Ingo Sarlet¹⁰, investigar a prática da pena de morte por diversos estados americanos e o posicionamento da Suprema Corte, que já se manifestou no sentido de que determinadas formas de execução da pena em questão são inconstitucionais em decorrência da vedação à aplicação de penas cruéis e desumanas. Assim, como a constituição pátria proíbe a pena capital, para os brasileiros poderia mostrar-se “um tanto paradoxal, verificar que a pena de morte, em si mesma, parece não ferir a dignidade desde que aplicada dignamente?”¹¹

Apesar de o conteúdo da dignidade da pessoa humana enquanto norma jurídica ser fixado no caso concreto, nada impede que alguns parâmetros objetivos sejam definidos para se evitar insegurança jurídica, assim como abusos de “trivialização, invocação sem conteúdo e fundamentação. Emprego para a imposição heterônoma de modelos de virtude e de vida boa para as pessoas etc”¹². Nesta esteira, Ingo Sarlet conceitua-a como:

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 57.

¹² SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 90.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento indica que a dignidade da pessoa humana possui os seguintes componentes:

[...] o valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.¹⁴

143

Resta claro que os recursos materiais, distribuídos na iniciativa privada por meio do exercício de atividade econômica organizada, ou seja, através da empresa, são instrumentos para o alcance do projeto constitucional de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Razão pela qual o Estado deve promover políticas públicas que permitam ao indivíduo o acesso ao mínimo existencial, ou seja, deve direcionar suas políticas no sentido de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas pela iniciativa privada, vez que, assim, empregos serão gerados, bem como receita para o próprio Estado¹⁵. Este, logo, por meio de sua política econômica, deve sempre buscar a repartição dos resultados da atividade econômica explorada preferencialmente por particulares.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.

¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83-84.

2 O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Quando a empresa é explorada de forma a exercer sua função social, a riqueza produzida é otimizada e distribuída, não somente entre os empreendedores, mas também entre os membros da coletividade, seja através dos empregos ou dos tributos gerados. O Estado sozinho não é capaz de gerar empregos diretos em número que seja suficiente para satisfação do princípio da busca pelo pleno emprego, bem como não é capaz de manter seu aparato e implementar suas políticas sem os recursos advindos dos tributos decorrentes da atividade econômica privada. O exercício da empresa por particulares é, logo, indispensável ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil.

O lucro, nesse sentido, não pode ser objeto de rejeição¹⁶, vez que agrega interesses dos empresários, dos que aportam capital na exploração da empresa, dos trabalhadores, dos consumidores e do Estado. O aumento de produtividade, ao gerar benefícios também para a coletividade, deve ser visto como fator que contribui para a diminuição das desigualdades sociais.

Não pode o lucro, no entanto:

[...] desconsiderar valores importantes para a sociedade que sustenta esse ganho.

A lógica deve ser, então, revista para que se continue sendo legítimo. A par da importância dos princípios do direito de empresa, baseados em valores úteis, a busca do lucro deve estar enformada pelos valores essenciais.¹⁷

Assim, no tocante a seus destinatários finais – sócios e investidores – e à coletividade, o lucro deve ser visto como um fim para se alcançar o bem-estar, entendido este como a satisfação de direitos e liberdades da pessoa natural¹⁸.

Neste sentido, os impactos do exercício da atividade econômica, como salienta Wilges Bruscato, devem ser necessariamente, no mínimo, neutro para a coletividade, vez que, “caso

¹⁶ DE SANTOS, Juliana Hinterlang; SIQUEIRA, Patrícia. *Preservação da empresa como instrumento de efetividade da dignidade empresarial*. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, n. 3, setembro/dezembro 2014, p. 134.

¹⁷ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 220.

¹⁸ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 221.



contrário, as vantagens do exercício da empresa ficariam com o empresário e as desvantagens seriam suportadas pela sociedade, o que tornaria ilegítimo o lucro obtido”¹⁹. Nesta hipótese, além de ilegítimo o lucro, ainda restaria clara a sua ineficiência, vez que esta denota “allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decisionmaking”²⁰.

Nesse contexto, faz-se necessário apontar respostas do ordenamento jurídico ao comportamento oportunista dos agentes econômicos, ou seja, ao “comportamento orientado para a busca do interesse próprio mesmo que em desrespeito às regras”²¹.

Em situações excepcionais autoriza-se, em contraposição ao princípio da força obrigatória dos contratos, sua revisão, bem como sua extinção por motivo que não seja o cumprimento.

O problema é que, em momentos de crises, como a instalada em decorrência da pandemia do COVID-19, criam-se maiores oportunidades para que os empresários atuem de forma oportunista, buscando a revisão ou a extinção de contratos sem que o momento econômico tenha lhe causado dificuldades, ou seja, sem que lhe tenha sido imposta uma obrigação excessivamente onerosa. Algumas atividades não sentiram de forma acentuada os efeitos econômicos da crise, a exemplo daquelas voltadas para a entrega de produtos em domicílio ou das exploradas exclusivamente por meio de e-commerce. Supermercados e farmácias seriam outros bons exemplos.

O comportamento oportunista ainda pode ser identificado quando uma das partes possui condição e atuação econômica diferenciada no mercado – o que não a impediria de adimplir as prestações. Carlos Eduardo Pianovski²² cita o comportamento de alguns *players* em função do conjunto alemão de medidas para amenizar os efeitos do coronavírus, de 27 de março de 2020. O instrumento normativo prevê a suspensão do direito de requerer o despejo e denunciar a

¹⁹ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 225.

²⁰ [...] alocação de recursos em que se maximiza o valor, mas que tem limitações decorrentes de um critério ético que informa socialmente a tomada de decisões. (Tradução livre) (POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5 ed. New York: Aspen law & business, 1998, p. 13).

²¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

²² PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso de direito e comportamentos oportunistas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>>. Acesso em 15 maio 2020.

locação por falta do pagamento dos aluguéis vencidos no período compreendido entre 1 de abril e 30 de junho de 2020.

Com a norma, grandes empresários, como Adidas, Puma e H&M, anunciaram que suspenderiam o pagamento dos aluguéis, vez que o fechamento das lojas físicas gerou redução de lucros²³. Trata-se de grandes sociedades que certamente possuem condições econômico-financeiras para pagar os aluguéis, cumprindo as obrigações contratuais.

Daí porque, em regra, não há espaço no ordenamento jurídico, mesmo no âmbito da grave crise gerada pelo COVID-19, para pretensões de afastamento da mora apenas pela dificuldade subjetiva de prestar decorrente de redução de fluxo de caixa ou, ainda menos, pelo intento de não ter que recorrer a reservas financeiras ou, mesmo, obtenção de crédito.²⁴

A crise não afasta o dever recíproco de cooperação entre as partes, imposto pela boa-fé objetiva e essencial para a consecução da finalidade lícita que motivou a vinculação contratual, devendo eventual revisão ou extinção contratual ser analisada no caso concreto. A boa-fé ainda precisa ser analisada como parâmetro para caracterização dos atos ilícitos abusivos.

Assim, quando o agente econômico, sobretudo em uma situação de crise econômica, “procura aproveitar-se, à custa da outra parte, do processo de renegociação”²⁵ de um contrato, na tentativa de majorar lucros ou impedir perdas, age não somente de forma abusiva e/ou contrária à boa-fé. Age também em clara inobservância a função social da empresa.

A Constituição da República, em seu art. 5º, consagra a propriedade como direito fundamental, mas estabelece também que deverá atender à sua função social. Como aponta Fabio Ulhoa²⁶, da função social da propriedade poderia ser extraída a função social da empresa, vez que os bens ou fatores de produção reunidos pelo empresário no exercício da atividade econômica também devem cumprir uma função social. Ainda que o empresário não seja o titular

²³ FRITZ, Karina Nunes. Lei alemã para amenização dos efeitos do coronavírus altera temporariamente o direito de locação. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/323138/lei-alema-para-amenizacao-dos-efeitos-do-coronavirus-altera-temporariamente-o-direito-de-locacao>>. Acesso em 15 maio de 2020.

²⁴ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso de direito e comportamentos oportunistas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>>. Acesso em 15 maio 2020.

²⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 418.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

do direito de propriedade²⁷ de tais bens, como nas hipóteses em que o bem é alugado, alienado fiduciariamente ou objeto de *leasing*, a função social deve ser atendida, vez que “os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração de atividade econômica”²⁸.

O art. 170 da Constituição da República, corroborando tal entendimento, institui a função social da propriedade²⁹ como princípio norteador da ordem econômica, que se fundamenta na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa³⁰. Assim, “quem exerce a liberdade de iniciativa torna-se o verdadeiro titular do poder-dever de fazer cumprir a função social dos bens de produção”³¹. O exercício da empresa, nesse sentido, não poderia se voltar para a busca do lucro em prejuízo a terceiros. Mas, ao contrário, deve gerar benefícios de diversas esferas para a coletividade, vez que a propriedade, quando fator de produção essencial à produção e/ou circulação de bens e/ou serviços, também se submete ao compromisso de atendimento dos anseios sociais. Razão pela qual o mercado, além de submetido a livre iniciativa, deve se nortear pela livre concorrência.

A distribuição de recursos por via do mercado implica investir de poder a força concorrencial, erigindo-a como norte das relações econômicas. É ela que empuxará a diminuição dos preços e aumento da qualidade dos bens e dos serviços oferecidos pelos produtores. Com isso, assegurar-se-lhes-á menor

²⁷ Como ressalta Adalberto Pasqualotto, “é bem verdade, a propriedade já não é essencial à atividade econômica, mas o termo aqui é tomado em sentido mais amplo, como a possibilidade de alguém se servir dos meios de exercício da atividade econômica precisamente para desenvolvê-la”. (PASQUALOTTO, Adalberto. *Civilística*, a.8, n.3, 2019, p. 7. Disponível em < <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/450>>. Acesso em 14 maio 2020)

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 37.

²⁹ Para Eros Roberto Grau o conceito de função social da propriedade e função social da empresa são coincidentes: Aí, incidindo pronunciamento sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 237)

³⁰ Ressalte-se que o conteúdo da livre iniciativa está previsto expressamente no próprio art. 170, em seu parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Razão pela qual, Leonardo Vizeu Figueiredo leciona que:

Significa que o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário, para fins de proteção do consumidor e de toda a sociedade. Outrossim, podemos destacar que, por este princípio, a escolha do trabalho fica ao arbítrio da liberdade do indivíduo (pessoa natural ou jurídica), não podendo o Estado interferir para tanto. Todavia, consubstanciado na defesa da coletividade, o Estado pode e deve disciplinar, impondo, impondo os requisitos mínimos necessários para o exercício da atividade laborativa, como fim de que esta seja exercida, tão somente, por profissionais capacitados e habilitados para tanto. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83)

³¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 92, n. 810, abril 2003, p. 43.



renda, que será deslocada para os consumidores, pois pagarão menores preços pelos produtos e poderão usufruir de melhor qualidade.³²

Ana Frazão³³ ressalta, entretanto, que a função social da propriedade tida como fator de produção não esgota a questão da função social da empresa, vez que esta não se limita a seu aspecto patrimonial. Em decorrência da dissociação entre propriedade e poder de controle, a função social da empresa deve também se voltar para o controle e a administração do empresário que explora a atividade econômica. Assim:

Sob esta perspectiva, a ênfase da função social deslocou-se da propriedade dos bens de produção e da titularidade das participações societárias para o poder de organização e controle. Por esse motivo, a Lei 6.404/76, reconhecendo a importância do controle como uma instância autônoma de poder, imputou-lhe compromissos decorrentes da função social, em seu art. 116, § único.³⁴

José Afonso da Silva alerta ainda para o fato de a função social da empresa ser só mais uma das condicionantes imposta à iniciativa privada pela constituição brasileira:

[...] segundo as quais a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e se esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica.³⁵

Como ressalta Rachel Sztajn³⁶ a liberdade de iniciativa, pilar da atividade econômica, é conformada por instrumentos de política legislativa, dentre os quais está a própria dignidade da pessoa humana. Não há bem que não desempenhe uma função social, não podendo aqueles destinados ao exercício de atividade econômica voltada para o mercado deixarem também de ser conformados pelos ditames sociais. A liberdade de iniciativa, logo, só se justifica se estiver em consonância com a dignidade da pessoa humana.

³² FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 160.

³³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110.

³⁴ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 110-111.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 790.

³⁶ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresarial e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 16.

Resta claro, neste sentido, que a sustentação e, logo, a promoção constitucional do instituto da empresa está em sua vocação de desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas envolvidas em seu exercício, bem como daquelas que se encontram sob o espectro de seus efeitos. Assim, “como se passa com a propriedade, a empresa somente se legitima na medida em que seja a via de afirmação de valores que transcendem seu titular”.³⁷

A função social da empresa deve ser analisada em duas dimensões: a restritiva e a positiva. A dimensão restritiva impõe limites ao modo de agir de sócios majoritários e administradores. Assim, o comportamento do empresário, ainda que voltado para sua finalidade lucrativa - finalidade precípua do empresário –, não pode ser nocivo à coletividade³⁸, bem como deverá estar em consonância com os interesses da mesma. Razão pela qual Wilges Bruscato ressalta que, na atualidade, a busca ao lucro “deverá estar em harmonia com outros interesses externos à empresa”³⁹.

A propriedade, sobretudo quando tida como fator de produção essencial ao exercício da empresa, não pode ser tratada como fim em si mesmo, devendo ser analisada sob seu aspecto dinâmico. Assim, a dimensão positiva refere-se à relevância social da empresa, ou seja, à sua capacidade de geração de riquezas, de empregos, assim como dos tributos necessários à consecução pelo Estado de políticas públicas.

O empresário cumprirá a função social da empresa por ele exercida quando, ao buscar o lucro, também observar valores perseguidos pela sociedade, agindo de forma coerente com os mesmos. Será atingida, no entanto, a função social não somente pela geração de empregos, riquezas e tributos. Faz-se necessário ainda o respeito às normas de proteção aos consumidores, aos trabalhadores e à concorrência, o reconhecimento e a recompensa aos esforços dos colaboradores, a conduta íntegra nas relações comerciais e a preocupação com o meio ambiente sadio.⁴⁰

Lupion destaca, no entanto, que a dimensão positiva, além de se manifestar nessa realidade econômica, também se manifesta em uma realidade social “pela implementação, pela

³⁷ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 72.

³⁸ LUPION, Ricardo. Empresa: interesse social e função social: conteúdo e distinções. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, maio/agosto 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81406>>. Acesso em: 8 outubro 2016.

³⁹ BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39-40.

⁴⁰ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 226.



própria empresa, de programas de inclusão social para seus empregados e colaboradores em face do precário funcionamento do serviço público de educação, saúde, trabalho, previdência social, entre outros”.⁴¹

A conduta do empresário voltada para a inclusão social de seus empregados e colaboradores não pode, no entanto, ser interpretada como corolário da função social da empresa. Trata-se de responsabilidade social. A função social se caracteriza pelo poder-dever de vincular a empresa aos objetivos determinados pelo interesse da comunidade, através da observância de determinados deveres positivos e negativos. É por essa razão que empresa não pode, por exemplo, causar dano ao consumidor, ao meio ambiente e à livre concorrência, assim como deve recolher devidamente os tributos gerados. Esses deveres, no entanto, não se esgotam com previsões legais, vez que “o conteúdo da função social está no dever de um exercício justo da atividade empresarial”⁴².

Em contrapartida, a responsabilidade social consiste na colaboração voluntária dos empresários com o Estado na busca de justiça social e bem-estar da sociedade. Nessas circunstâncias, o empresário é visto como agente social.⁴³ A responsabilidade social das empresas não abarca, logo, atividades voltadas à consecução de seu objeto social.

Assim, apesar de gerar uma imagem positiva que integrará o aviamento do empresário, não pode a responsabilidade social ser imposta, vez que se trata de atuação no âmbito do que é essencialmente dever do Estado. Não se pode olvidar que “os direitos fundamentais e sociais assegurados na Constituição da República do Brasil são dever do Estado, para o que a iniciativa privada contribui com o recolhimento de impostos, que devem ser usados a benefício da sociedade”⁴⁴.

O empresário, como mencionado, deve, na busca pelo lucro, observar as normas de preservação da concorrência e de proteção ao meio ambiente, assim como deve respeitar os

⁴¹ LUPION, Ricardo. Empresa: interesse social e função social: conteúdo e distinções. *Revista de Direito Empresarial* – RDEmp, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, maio/agosto 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81406>>. Acesso em: 8 outubro 2016.

⁴² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 92, n. 810, abril 2003, p. 44.

⁴³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 92, n. 810, abril 2003, p. 46.

⁴⁴ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 227.

direitos dos consumidores e dos trabalhadores⁴⁵. É ainda indispensável que recolha regularmente os impostos e taxas que tenham como fato gerador o exercício da atividade econômica que explora. Logo, pode-se afirmar que “a boa-fé e a função social da empresa são meta-valores indisponíveis e que não admitem transação por qualquer das partes”⁴⁶. Só assim a empresa pode ser tida como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana.

À medida que o interesse empresarial privado – o lucro – é harmonizado com os objetivos da República Federativa do Brasil, e, logo, com os interesses da coletividade, a função social da empresa é atingida. Alcançada, por sua vez, a mencionada função social, promove-se existência digna da pessoa humana. Assim, quando se fala em função social da propriedade e, logo, da empresa, “o que se pretende firmar é a necessidade de coexistência pacífica entre ambas as diretrizes empresariais: o lucro unido/instruído pela valorização da pessoa humana, trabalho e justiça social”⁴⁷.

Ocorre que não somente a atividade econômica exercida por particulares se submete à função social. A Lei 13.303/2016 consagra expressamente, por meio de capítulo próprio, a função social das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Nos termos do art. 27 do mencionado diploma, a função social de tais sociedades se vincula à realização de interesses coletivos e ao atendimento do imperativo de segurança nacional, quando for este o motivo expresso no instrumento legal que autorizou sua criação. A realização desses interesses coletivos perseguidos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista no exercício atividade econômica deve, por sua vez, estar também “orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos”.

3 A ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Como já mencionado, a dignidade da pessoa humana é também adotada como fim da ordem econômica no art. 170 da Constituição Federal, ou seja, a ordem econômica “deve ser

⁴⁵ PEREZ, Viviane. Função social da empresa: uma proposta de sistematização do conceito. In ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210.

⁴⁶ FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 12, n. 2, maio/agosto 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236820>>. Acesso em: 8 outubro 2016.

⁴⁷ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 71.



dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”⁴⁸. Assim, o exercício de atividade econômica no país, seja no setor público ou no setor privado, deve estar comprometido com a proteção e promoção da existência digna. O exercício da empresa, apesar de se pautar na livre iniciativa – fundamento da própria ordem econômica – não é, logo, absoluto.

A liberdade de empresa (e de iniciativa e de concorrência) envolve uma concepção acerca do exercício de um direito que traz consigo determinados ônus e deveres, numa conjugação que envolve o conceito de “função” – o qual, no contexto abordado, destina-se a celebrar a própria dignidade do ser humano. O texto constitucional é claro nesse sentido, ao dispor que a Ordem Econômica “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170 caput).⁴⁹

A livre iniciativa tem um valor social e, nesse sentido, “de modo igual a outras liberdades asseguradas pela Constituição, é um direito sujeito a restrições, algumas delas visando a assegurar a própria liberdade de iniciativa econômica, como se dá na proteção à concorrência”⁵⁰.

Ressalte-se que a economia constitucional brasileira é, no entanto, organizada de forma descentralizada, baseando-se, logo, em uma economia de mercado que tem o sujeito privado (pessoa natural ou pessoa jurídica) como exercente preferencial⁵¹ da atividade econômica. Tal organização é completamente compatível, entretanto, com a intervenção estatal indireta, consubstanciada por meio da edição de normas. É através desta intervenção que o Estado busca a consecução, por meio da atividade econômica privada, de seus projetos, sobretudo o da garantia e promoção da dignidade da pessoa humana. Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵² aponta que a economia descentralizada “é uma economia de mercado”, “é uma economia de empresa”,

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 194.

⁴⁹ CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 67.

⁵⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. *Civilistica*, a.8, n.3, 2019, p. 7. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/450>>. Acesso em 14 maio 2020.

⁵¹ Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Wilges Bruscato:

É de ressaltar que o teor do art. 173 considera a iniciativa estatal como exceção e a particular como regra, embora a redação do referido dispositivo tenha deixado boa amplitude para a atuação do Estado, quando prevê que esta poderá ocorrer sempre que determinada por relevante interesse social, o que é um critério político bastante elástico. (BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51)

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 9.

“é uma economia de cálculos em moeda” e “é uma economia em que o Estado exerce somente uma intervenção indireta e global”.

A intervenção do Estado, nos moldes indicados, não pode, no entanto, criar barreiras ou impedimentos ao exercício da livre iniciativa garantida a todos. Assim:

A rigor, então, todo o regramento infraconstitucional deveria harmonizar com o princípio da livre iniciativa, para que, inclusive, as normas de caráter administrativo, expedidas pelos mais diversos tipos de repartições públicas nos três níveis de governo, com ele se conciliassem. No entanto, isso não ocorre, sujeitando o empresário a entraves e despesas adicionais, tornando o sistema contraditório e desarmônico.⁵³

O Estado deve atuar no mercado quando 1) de falhas⁵⁴ neste que possam comprometer a sua própria fluidez ou o bem estar da coletividade, como nas intervenções estatais para obrigar o agente econômico a internalizar externalidade⁵⁵ negativas ou evitá-la; 2) for necessária a correção de disparidades, a exemplo da imperiosa proteção aos vulneráveis e 3) de graves crises econômicas, como a vivenciada em decorrência da pandemia do COVID-19, que assola o mundo desde os primeiros meses de 2020.

A liberdade de iniciativa deve, no entanto, prevalecer por ser, repita-se, a empresa explorada pelo particular indispensável à consecução da existência digna da pessoa humana, vez que gera os recursos patrimoniais necessários ao exercício de diversos direitos fundamentais, como liberdade e igualdade.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos só serão alcançados através de recursos econômicos, sobretudo os gerados pela exploração da empresa por particulares.

⁵³ BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

⁵⁴ As falhas ocorrem quando o mercado por si só não consegue alocar os recursos com eficiência.

⁵⁵ Na lição de Armando Castelar e Jairo Saddi, externalidade é “algo causado por um agente econômico a outro, afetando seu bem-estar, na ausência de uma transação econômica direta entre eles. Por exemplo, quando uma pessoa é vacinada contra gripe, ela produz uma externalidade (positiva) sobre outras pessoas, cuja chance de contrair a doença passa a ser menor”. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 147)

Assim, ocorre “quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa, ou a produção de uma empresa, afeta diretamente o bem-estar de outra pessoa ou empresa que não é parte na transação” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 285)

Mas, como já mencionado, tais objetivos somente são alcançados se os empresários também submeterem a atividade que exercem à sua função social, compatibilizando a busca necessária pelo lucro com os limites impostos pelo próprio ordenamento. Assim, a liberdade de iniciativa, indispensável à geração de empregos e tributos, é conformada pela própria função social a que se submete a empresa. Razão pela qual a liberdade de iniciativa só se justifica em decorrência da promoção da existência digna.

3.1 RECURSOS PATRIMONIAIS: MÍNIMO EXISTENCIAL

A existência digna não pode ser atingida sem o acesso ao conjunto mínimo de bens e serviços, colocados no mercado por meio de atividades econômicas desenvolvidas pelo setor privado. São os empresários, ainda que por meio da geração de empregos, que possibilitam o acesso da comunidade ao mercado de consumo:

A lógica é simples. A evolução da economia privada (por meio do incremento da atividade empresarial) conduz à geração de empregos, cuja consequência é o pagamento de salários que possibilitam o consumo, o qual, por sua vez, aumenta o faturamento das empresas, cujo desenvolvimento econômico deve, em tese, propiciar a geração de mais empregos, com a elevação do rendimento per capita da população. E este fenômeno os economistas designam de “círculo vicioso”.⁵⁶

No mesmo sentido, Wilges Bruscato:

[...] a atividade econômica é a responsável pela movimentação de recursos no país e internacionalmente, tendo um efeito no crescimento e desenvolvimento similar à imagem dos círculos concêntricos que se formam quando uma pedra é arremessada n'água. E a atividade econômica, de modo preponderante, é exercida pela iniciativa privada, influenciada pela demanda de consumo e pelas políticas governamentais, no sistema capitalista, de economia descentralizada.⁵⁷

A garantia ao mínimo existencial, essencial não somente quanto ao acesso efetivo a bens e serviços, mas também ao exercício consciente de direitos civis e políticos, é direito⁵⁸

⁵⁶ TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des) estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 19, julho/setembro, 2007, p. 30.

⁵⁷ BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

⁵⁸ Nesse sentido, manifesta-se Daniel Sarmento:

fundamental. É claro que compete ao Estado a efetividade de tal garantia. Não se pode, no entanto, negar o papel dos empresários nessa seara, vez que, como já demonstrado em diversas oportunidades nesse trabalho, geram empregos e tributos indispensáveis ao financiamento dos projetos públicos. Os empresários auxiliam, assim, o Estado na tarefa de garantir o mínimo existencial.

Não pode o mínimo existencial se limitar somente às condições necessárias à sobrevivência física. A existência digna também abarca um mínimo sociocultural, do qual o acesso à educação básica é o maior exemplo. Abarca ainda, como mencionado, a possibilidade de exercer de forma consciente direitos civis e políticos. A pessoa precisa de recursos patrimoniais mínimos para exercer seu direito à liberdade, sobretudo na perspectiva de realizar as escolhas que melhor se coadunam com seu projeto de vida, ou seja, precisa autodeterminar-se plenamente.

Em que pesem as considerações feitas, definir o conteúdo do mínimo existencial também não é uma tarefa fácil, vez que, assim como no tratamento da dignidade da pessoa humana, a construção ocorre em contextos históricos e sociais distintos. Como ressalta Daniel Sarmiento, “sociedades diferentes tendem a valorar de modo muito distinto determinados bens, de modo que o acesso a eles pode se afigurar essencial para a vida digna das pessoas em algumas delas e não em outras”⁵⁹. O autor indica o exemplo do acesso à energia elétrica, que pode parecer essencial à vida moderna, mas que, por sua vez, pode ser completamente desnecessário para uma comunidade indígena⁶⁰.

O conteúdo do mínimo existencial não pode, por conseguinte, ser fixado aprioristicamente e de forma fechada. É preciso que se mantenha uma abertura para que as necessidades materiais, físicas e socioculturais de um determinado contexto histórico possam ser abarcadas pela proteção conferida pela garantia do mínimo existencial.

Esta última visão foi claramente enjeitada pela Constituição de 88, da qual se extrai a garantia do mínimo existencial como direito fundamental. Tal ideia provém não apenas da positivação dos direitos sociais no texto constitucional, como também da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira. (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 193)

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 214.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 215.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas do papel da empresa no mercado, que ao produzir ou circular no mercado bens e serviços, gera grande parte dos postos de trabalho no país. É ainda o exercício da atividade econômica fato gerador de tributos, fonte de custeio do Estado na implementação de seus projetos.

À medida que a própria Constituição da República determina que, no exercício da liberdade de iniciativa, o empreendedor (pessoa natural ou pessoa jurídica) deve buscar que sua propriedade – a propriedade dos bens de produção – cumpra sua função social, reconhece-se que a empresa é instrumento de alcance dos objetivos consagrados pelo próprio diploma. Resta claro que a empresa é imprescindível ao Estado e à sociedade, razão pela qual o direito oferece respostas à atuação oportunista dos agentes econômicos. Trata-se de atuação contrária à boa-fé objetiva - elemento básico de uma relação contratual -, vez que viola o dever de cooperação entre as partes, bem como rompe a confiança essencial ao pacto.

Ocorre que, como demonstrado, o comportamento oportunista de agente econômico não se limita à violação da boa-fé. Configura ainda violação à função social da empresa, que impõe ao empresário uma atuação que busque compatibilizar interesses individuais, notadamente o lucro, com interesses da comunidade em que a atividade econômica é exercida. Verifica-se, assim, que o comportamento oportunista é incompatível com a função social da empresa, cuja observância é imposta pelo ordenamento ao agente econômico.

Não se pode olvidar que a empresa, no exercício de sua função social, é meio de proteção e promoção da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil e fim da ordem econômica. A existência digna só se consagra quando se garante ao indivíduo um mínimo existencial. É somente através de recursos patrimoniais, que na iniciativa privada são distribuídos por meio do exercício da empresa, que se possibilita o acesso ao mínimo existencial, indispensável não somente à sobrevivência, mas também ao exercício consciente dos direitos civis e políticos. É impossível, por exemplo, o exercício pleno do direito à liberdade sem o acesso a recursos patrimoniais.

É pelo fato de a empresa ser instrumento de alcance da dignidade da pessoa que o Estado, sobretudo em sua função legislativa, deve não somente se abster de criar obstáculos ao seu exercício, mas deve também criar e promover mecanismos que facilitem aos

empreendedores investir seus recursos em atividade econômica produtiva, ao invés de mantê-los no mercado financeiro ou em atividades especulativas.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale 41, I, 1943). Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, outubro/dezembro, 1996.

BARROS, Eduardo Bastos de. A função constitucional da limitação de responsabilidade do sócio nas sociedades anônimas e limitadas. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 2, maio/agosto 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236817>>. Acesso em: 8 outubro 2016.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no direito empresarial: uma contribuição brasileira. In DE SÁ, Maria de Fátima; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI (orgs). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v. 3. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva: 2012.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DE SANTOS, Juliana Hinterlang; SIQUEIRA, Patrícia. *Preservação da empresa como instrumento de efetividade da dignidade empresarial*. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, n. 3, setembro/dezembro 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.



FRITZ, Karina Nunes. *Lei alemã para amenização dos efeitos do coronavírus altera temporariamente o direito de locação*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/323138/lei-alema-para-amenizacao-dos-efeitos-do-coronavirus-altera-temporariamente-o-direito-de-locacao>>. Acesso em 15 maio de 2020.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LUPION, Ricardo. Empresa: interesse social e função social: conteúdo e distinções. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, maio/agosto 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81406>>. Acesso em: 8 outubro 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Civilística*, a.8, n.3, 2019. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/450>>. Acesso em 14 maio 2020.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso de direito e comportamentos oportunistas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>>. Acesso em 15 maio 2020.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5 ed. New York: Aspen law & business, 1998.

QUEIROZ, André Luiz Lamin Ribeiro de; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A ineficiência econômica na atribuição da responsabilidade civil empresária – anotações sobre os efeitos da proteção consumerista sobre o mercado. *Revista de Direito Empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, n. 3, setembro/dezembro, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 92, n. 810, abril 2003.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des) estímulo ao empreendedorismo. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 19, julho/setembro, 2007.

Submissão: 17/05/2020
Aceito para Publicação: 29/06/2020



A GOVERNANÇA JUDICIAL DA SAÚDE DO IDOSO NO BRASIL: LIMITES E APORIAS

THE JUDICIAL GOVERNANCE OF ELDERLY HEALTH IN BRAZIL: LIMITS AND APORIAS

Cesar Luiz Pasold*

Roberta Terezinha Bodnar**

RESUMO: O presente Artigo analisa os limites e as aporias da intervenção do Poder Judiciário, quando atua como ator para a Governança, na Tutela da Saúde do Idoso no Brasil. A tarefa proposta segue disposta de forma a descrever o Direito Fundamental da Saúde, destacando-se o dever de proteção, de promoção e de defesa deste Direito ao Idoso. A Pesquisa apresenta o Poder Judiciário como meio de (re) afirmação do Direito à Saúde do Idoso, bem como, avalia os limites e as aporias da atuação do Poder Judiciário, ator da Governança, na implementação da Saúde do Idoso, com fundamento nas Diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) destinadas aos Magistrados, referentes às demandas judiciais que envolvem à Saúde. Este Artigo recorre ao Método de abordagem Indutivo, por meio das seguintes Técnicas de Pesquisa: bibliográfica, documental, legal, e utilização de livros e de revistas especializados e é desenvolvido em três itens.

ABSTRACT: This Article analyzes the limits and aporias of the intervention of the Judiciary Branch, when acting as an actor for Governance, in the Effectiveness of Elderly Health in Brazil. The proposed task follows in order to describe the Fundamental Rights of Health, highlighting the duty of protection, promotion and defense of this Right to the Elderly. The Research presents the Judiciary Branch as a means of (re) affirming the Right to Health of the Elderly, as well as evaluates the limits and the aporias of the performance of the Judiciary Power, Governance actor, in the implementation of the Elderly Health, based on the Guidelines of the National Council of Justice (Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Brazil) for Magistrates, referring to the lawsuits that involve the Health. This Article uses the Method of Inductive approach, through the following Research Techniques: bibliographic, documentary, legal, and use of books and Specialized magazines and is developed into three items.

PALAVRAS-CHAVE: Governança Judicial. Direito à Saúde. Idoso.

KEYWORDS: Judicial Governance. Right to Health. Elderly.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direito Fundamental da Saúde do Idoso. 2 O Poder Judiciário como meio de (re)afirmação do Direito à Saúde do Idoso: a Governança Judicial. 3 Atuação do Poder Judiciário na implementação da Saúde do Idoso: limites e aporias. Considerações Finais. Referências.

* Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo (USP), em São Paulo, no Brasil. Pós-Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em Curitiba, no Brasil. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis, no Brasil. Mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo, USP, em São Paulo, no Brasil. Professor da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em Itajaí, Santa Catarina, Brasil.

** Doutoranda em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em Itajaí, Santa Catarina, Brasil, em dupla Titulação com Widener University Delaware Law School, nos Estados Unidos da América. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis, Brasil. Membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Professora da Pós-Graduação em Direito Previdenciário e do Trabalho da UNIVALI, em Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Procuradora Federal (AGU).



INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar os limites e as aporias da atuação do Poder Judiciário, enquanto escopo Político, de Dimensão Constitucional na Tutela da Saúde^{1 2} do Idoso³. Tarefa de Estado pertencente ao Pacto Republicano, tendo como fundamento a sua atuação em face do papel do Estado, em matéria de Políticas Públicas^{4 5}, especialmente na proteção, na garantia e na efetivação do Direito à Saúde do Idoso.

¹ Para a Organização Mundial da Saúde (OMS): “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*” [A Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade] (tradução livre dos autores deste Artigo). WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution. Disponível em: <www.who.int/about/who-we-are/constitution>. Acesso em: 26 out. 2019.

² Pasold (1987, p. 53) lembra que o Direito à Saúde: “[...] tem conexão sinérgica com, pelo menos, três outros Direitos da Personalidade: a) o Direito à Vida; b) o Direito ao Corpo; e, c) o Direito à psique.” e resume que: “a Saúde é um Bem da Personalidade essencial para que o indivíduo logre êxito na sua vivência social; é, pois, um dos Direitos da Personalidade, com as devidas conotações intrínsecas e essenciais, e em conexão sinérgica com os Direitos à Vida, ao Corpo e à Psique, mais imediatamente.” PASOLD, Cesar Luiz. Direito à saúde. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 51-55, jan. 1987. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16398/14978>>. Acesso em: 28 out. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

³ No presente Artigo é adotado o conceito cronológico de Idoso, previsto no Estatuto do Idoso, qual seja: “pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, nos termos do artigo 1º da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (BRASIL, 2003).

⁴ Ao Pesquisar “Quantas políticas públicas há no Brasil? O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas”, mesmo com subsídios dos Ministérios do Governo Federal e sob o viés ontológico, tipológico e teleológico, Heringer (2018, p. 66) conclui que: “[...] a pergunta básica formulada para o presente estudo não pode ser respondida de maneira objetiva, tendo em vista a imprecisão conceitual no que tange à essência da política pública como manifestação de uma estratégia de solução de problemas. Há muito que ser feito nesse sentido”. Destaque-se que, nesse estudo, o mencionado Autor (2018, p. 48) acredita, após analisar a resposta do Ministério da Saúde, que a Política Pública para o referido Órgão é: “construída a partir das competências de cada setor e revela, também, diferentes níveis de entendimento da demanda formulada.” (*sic* para “competência” no singular). HERINGER, Flávio Roberto de Almeida. *Quantas políticas públicas há no Brasil? O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas*. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/555174/ILB2018_HERINGER.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁵ Para o presente Artigo, adota-se o conceito de Políticas Públicas, nos termos reconceituados por Freitas (2013, p. 11): “[...] programas que o Poder Público, nas relações administrativas, enuncia e implementa de acordo com as prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, em ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do complexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras”. (itálico conforme o original) FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. V. 5, n. 8, jan. - jun. p. 8-26. 8, Curitiba, 2013. Disponível em: <www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

Com a alteração do perfil populacional, caracterizada pelo aumento progressivo no número de idosos^{6 7}, surge o desafio na criação e na implementação de Políticas Públicas que assegurem o Direito à Saúde ao Idoso. Nessa perspectiva, resta verificar quais são os limites e as aporias da intervenção do Poder Judiciário, quando atua como ator para a Governança⁸, na Tutela da Saúde do Idoso no Brasil.

No primeiro item será detalhado sobre o Direito Fundamental da Saúde, destacando-se o dever de proteção, de promoção e de defesa deste Direito ao Idoso. No segundo item, será tratado sobre o Poder Judiciário como meio de (re) afirmação⁹ do Direito à Saúde do Idoso. Por fim, no terceiro item, serão avaliados os limites e as aporias da atuação do Poder Judiciário, ator da Governança, na implementação da Saúde do Idoso, com fundamento nas Diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) destinadas aos Magistrados, referentes às demandas judiciais que envolvem à Saúde.

⁶ Nesse contexto, em 30 de setembro de 2019, Declarou as Nações Unidas que se trata de uma das “transformações mais significativas deste século”, conforme se transcreve: *“In the coming decade, the number of persons aged 60 or over is projected to grow by 46 per cent, making the increase in those officially classified as elderly, one of the ‘most significant transformations of this century,’ the United Nations declared on Tuesday, marking the International Day of Older Persons.”* (negrito conforme o original) [Na próxima década, projeta-se que o número de pessoas com 60 anos ou mais cresça 46%, tornando o aumento daqueles oficialmente classificados como idosos, uma das ‘transformações mais significativas deste século’, declararam as Nações Unidas na terça-feira, marcando o Dia Internacional das Pessoas Idosas] (tradução livre dos autores deste Artigo). UNITED NATIONS. *‘We need to stand up now’ for older persons: urges UN rights expert on World Day*. 30 set. 2019. Disponível em: <news.un.org/en/story/2019/09/1048252>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁷ Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS): *“The pace of population ageing around the world is also increasing dramatically. France had almost 150 years to adapt to a change from 10% to 20% in the proportion of the population that was older than 60 years. However, places such as Brazil, China and India will have slightly more than 20 years to make the same adaptation”* [O ritmo do envelhecimento da população em todo o mundo também está aumentando drasticamente. A França teve quase 150 anos para se adaptar a uma mudança de 10% para 20% na proporção da população com mais de 60 anos. No entanto, lugares como Brasil, China e Índia terão um pouco mais de 20 anos para fazer o mesmo adaptação.] (tradução livre dos autores deste Artigo). WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Ageing and health*. 5 feb. 2018. Disponível em: <www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>. Acesso em: 26 out. 2019.

⁸ Nos mesmos moldes do conceito apresentado pelo Banco Mundial (1992, p. 1): *“governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country’s economic and social resources for development”* [governança é definida como maneira pela qual o poder é exercido no gerenciamento dos recursos econômico e social de um país para o desenvolvimento] (tradução livre dos autores deste Artigo). WORLD BANK. *Governance and development*. Washington D.C.: World Bank Publication, 1992. Disponível em: <documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019. Contudo, na perspectiva da Pesquisa cujos resultados ora se relata, Governança na tutela da Saúde do Idoso constitui-se em instrumento de entrega dos direitos, quando comprometida com os resultados, de forma positiva e capaz de entregar e gerar direitos, dispensando o processo histórico, em termos de tempo, e traduz-se em concretude de direitos, ou, em outras palavras, capaz de gerar e (re)afirmar direitos.

⁹ O sentido e o alcance da palavra “afirmação”, neste Artigo, tem ligação com a especificação e concretude da Tutela Jurisdicional da Saúde do Idoso, especialmente a sua operacionalidade no espaço histórico-jurídico, e estará sendo utilizada com o compromisso de dar vínculo a esfera da Proteção e da Defesa da Saúde do Idoso, ou “especificação” conforme dá conta o legado teórico de Martínez (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Dykinson: Madrid, 2004, p. 120-129).

Este artigo se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a atuação do Poder Judiciário, especialmente, se essa atuação vai estimular estratégia de Governança para a Saúde Pública do Idoso.

Para realização deste artigo, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, o qual, conforme Cesar Luiz Pasold¹⁰, significa “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. Na fase de tratamento de dados o método cartesiano¹¹ foi empregado. O relatório dos resultados que é expresso no presente artigo foi composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas: do referente¹², da categoria¹³, do conceito operacional¹⁴, da pesquisa bibliográfica¹⁵.

1 DIREITO FUNDAMENTAL DA SAÚDE DO IDOSO

Ao tratar do Direito Fundamental¹⁶ à Saúde é importante mencionar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira¹⁷ a incluir o Direito à Saúde como

¹⁰ PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 14 ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 95.

¹¹ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar), conforme LEITE, Eduardo de oliveira. *A monografia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

¹² “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. p. 62. (negrito conforme o original)

¹³ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. p. 31 (negrito conforme o original).

¹⁴ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. p. 43. (negrito conforme o original)

¹⁵ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. p. 217.

¹⁶ No mesmo sentido descrito por Canotilho (2019, p. 377), qual seja: “Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 21 reimp. Coimbra: Almedina, 2019. 1522 p.

¹⁷ Colhe-se da Introdução da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa: “No Brasil, o direito universal e integral à saúde foi conquistado pela sociedade na Constituição de 1988 e reafirmado com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90”. BRASIL. Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. Disponível em: <://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

¹⁸ Antes da Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Pasold (1987, p. 52), escreve que: “a Saúde é indiscutivelmente, um dos Bens de Personalidade, e nisto consagrada como um dos Direitos da Personalidade”. PASOLD, Cesar Luiz. *Direito à saúde. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 51-55, jan. 1987. ISSN 2177-7055. Disponível em:

Direito Fundamental Social, pois as Constituições anteriores (1934, 1937 e 1967) apenas mencionavam o Direito à Saúde na parte que tratava acerca da distribuição das competências.

Entre os principais Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais, previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, está o Direito à Saúde, o qual, também, encontra fundamento no artigo 170, que define como Objetivo da Ordem Econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social.

No artigo 194, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também, restou definido que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os Direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência Social. O parágrafo único do citado artigo, já no seu inciso I, define como Objetivo: a Universalidade da Cobertura e do Atendimento; e, no inciso V, a Equidade na forma de Participação.

É no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹, que a Saúde está constitucionalizada com todo o detalhamento como Direito de todos e dever do Estado, nos seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No artigo 198, inciso II, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰, estabelece como uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde: “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Da análise do texto constitucional acima descrito, conclui-se que a Saúde é um dos principais Direitos Fundamentais Prestacionais, o qual impõe a todos os Entes Federativos²¹,

<periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16398/14978>. Acesso em: 28 out. 2019. doi:https://doi.org/10.5007/%x.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 jan. 2019.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 jan. 2019.

²¹ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 793, referente à responsabilidade solidária dos Entes Federados pelo dever de prestar assistência à Saúde, fixou a seguinte Tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o



como dever Fraternal e Solidário, corresponde à adoção de Políticas Públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e Dignidade de todos, especialmente do Idoso.

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso²² complementa esses mandamentos constitucionais em seu Capítulo IV, artigo 15, o qual dispõe:

Art. 15. É assegurado a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

Destaca-se, ainda, o §2º do artigo 15, o qual impõe ao Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos, em especial os de uso continuado, bem como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

A Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa²³, instituída pela Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006, do Ministério da Saúde, reconheceu os avanços na legislação brasileira, quanto aos cuidados da população idosa, bem como, registrou que “a prática ainda é insatisfatória”. Isto é, já no ano de 2006²⁴, o Poder Executivo denunciava a violação à proteção do Direito Fundamental à Saúde destinado ao Idoso.

166

ônus financeiro”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 855.178. Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 23 maio 2019. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 28 out. 2019.

²² BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10/10.741.htm)>. Acesso em: 24 out. 2019.

²³ BRASIL. Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁴ Eis o texto na íntegra (BRASIL, 2006): “Assim, embora a legislação brasileira relativa aos cuidados da população idosa seja bastante avançada, a prática ainda é insatisfatória. A vigência do Estatuto do Idoso e seu uso como instrumento para a conquista de direitos dos idosos, a ampliação da Estratégia Saúde da Família que revela a presença de idosos e famílias frágeis e em situação de grande vulnerabilidade social e a inserção ainda incipiente das Redes Estaduais de Assistência à Saúde do Idoso tornaram imperiosa a readequação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (PNSPI)”. BRASIL. Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

Portanto, em caso de violação ou de omissão por parte do Poder Legislativo e/ou do Executivo, mesmo considerando o Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)²⁵,²⁶, deve o Poder Judiciário atuar com o objetivo de proteger o Direito Fundamental da Saúde do Idoso, conforme se passa a expor.

2 O PODER JUDICIÁRIO COMO MEIO DE (RE)AFIRMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO IDOSO: A GOVERNANÇA JUDICIAL

A importante missão de completar e reconhecer novos Direitos, ampliando os espaços de cidadania, caracteriza o fenômeno da judicialização da vida social²⁷. O Poder Judiciário, enquanto Poder Político, desempenha um papel proeminente na salvaguarda de Direitos e Garantias Fundamentais e de socorro aos mais fragilizados, como é o caso do Idoso.

O acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos Direitos Individuais e Sociais. A titularidade de Direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. No dizer de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁸, o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos Direitos Humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os Direitos de todos.

Nos mesmos termos de Priscila Mendes Rocha e Felipe Migosky²⁹, há quem visualize esta atuação por intermédio do Poder Judiciário como “Ativismo Judicial”:

²⁵ Sistema adotado nos Estados Unidos da América, porém, com vários limites. Nesse sentido colhe-se da Página Oficial do Governo dos Estados Unidos da América: “*The Justices of the Supreme Court, who can overturn unconstitutional laws [...] This ability of each branch to respond to the actions of the other branches is called the system of checks and balances.*” [Os juízes da Suprema Corte, quem podem anular as leis inconstitucionais [...] Essa capacidade de cada ramo de responder às ações das outras ramificações é chamada de sistema de freios e contrapesos.] (tradução livre dos autores deste Artigo). UNITED STATES. *Branches of the U.S. Government*. Disponível em: <www.usa.gov/branches-of-government>. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁶ Teoria da Separação dos Poderes, prevista por Montesquieu, na Obra o “Espírito das Leis”, a qual, segundo a Encyclopædia Britannica, “*was a major contribution to political theory*” [foi a maior contribuição para a teoria política] (tradução livre dos autores deste Artigo). SHACKLETON, Robert. *Montesquieu french political philosopher*. Disponível em: <www.britannica.com/biography/Montesquieu>. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁷ Sobre o tema também escreve NEVES, Doris Castro. Poder Político e Poder Judiciário. In: **Revista Cidadania e Justiça**, ano 5, n. 10, primeiro semestre de 2001, p. 121-127.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-13.

²⁹ ROCHA, Priscila Mendes; MIGOSKY, Felipe. Ativismo judicial e a judicialização dos Direitos Fundamentais. In: Revista Eletrônica Direito e Política. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.2, 2º quadrimestre de 2019. Disponível em: <[//siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/15079/8615](http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/15079/8615)>. Acesso em: 28 out. 2019, p. 228.

Outro grande exemplo de manifestação do ativismo judicial na seara dos direitos fundamentais, e que será usado como principal instrumento para a análise realizada neste estudo, é o crescimento do número de decisões nas esferas judiciais estadual e federal que condenam a União, o Estado ou o Município – ou todos, solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais, sendo que, em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou somente podem ser realizados no exterior.

Porém, é (re)afirmando os Direitos Fundamentais e, em especial, o Direito Fundamental à Saúde do Idoso, imprescindível para a vida digna, é que o Poder Judiciário estará legitimando a sua atuação diante da Sociedade.

A Separação das Funções Estatais ou dos Poderes³⁰ encontra como fundamento ético e jurídico exatamente a contenção do arbítrio ou abuso estatal em detrimento dos Direitos Fundamentais³¹. Assim, quando o Poder Judiciário impõe condutas à Administração Pública exatamente para que a omissão não lese Direitos Fundamentais, como é o caso da proteção ao Direito à Saúde do Idoso, não há qualquer ilegitimidade nesta intervenção. Ao contrário, conforme explica Zenildo Bodnar³²: “o controle das omissões injurídicas está respaldado nas razões legitimantes da própria separação dos poderes estatais”³³.

Ademais, recordando-se das objeções ao Controle Judicial de Políticas Públicas, cumpre registrar, segundo Sérgio Cruz Arenhart³⁴, que “o controle jurisdicional de políticas

³⁰ O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Tema 106, deixou registrado que: “[...] nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 106. Disponível em: <www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106>. Acesso em 28 out. 2019.

³¹ Nos mesmos termos escreve Zenildo Bodnar, porém, descrevendo os Direitos Humanos, os quais são mais amplos que os Direitos Fundamentais, tratados neste Artigo, conforme a nota de rodapé n. 18, isto é, segundo o conceito de J. J. Canotilho. (BODNAR, Zenildo. Tutela jurisdicional da probidade da Administração Pública Ambiental. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Zenildo_Bodnar.html>. Acesso em: 10 nov. 2019).

³² BODNAR, Zenildo. Tutela jurisdicional da probidade da Administração Pública Ambiental. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Zenildo_Bodnar.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

³³ Conforme as palavras de Dias (2016, p. 176): “Não se trata, assim, de assumir o papel do Executivo ou Legislativo como elaborador e executor de políticas, e sim de definir se essas são efetivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados institucionalmente”. DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, 224 p.

³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em 28 out. 2019. p. 2.



públicas, ainda que se possa, academicamente, questionar sob diversas óticas, é um fato inquestionável”.

O Controle Judicial de Políticas Públicas na área da Saúde é um dever do Poder Judiciário. E, conforme Roberta Terezinha Uvo e Zenildo Bodnar³⁵: “dever que deve ser exercido na perspectiva intervencionista e transformadora para a emancipação do homem na sociedade, para o seu pleno desenvolvimento humano e para a consolidação da justiça social”. Sobre a “judicialização da saúde”³⁶, Ingo Wolfgang Sarlet³⁷ conclui que os Tribunais Superiores, com destaque para o Supremo Tribunal Federal “passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em Juízo” e afirma que:

Embora o Brasil, juntamente com a Colômbia e alguns outros países, ocupe seguramente uma posição destaque no que diz com o número e a diversidade de ações judiciais na área do direito à saúde e mesmo em termos do número de condenações impostas ao poder público, a assim chamada “judicialização da saúde” representa fenômeno em escala mundial, o que convém seja registrado, ainda que aqui não se possa adentrar o exame de outras experiências nessa seara.³⁸

169

A Tutela Jurisdicional da Saúde do Idoso no Brasil foi objeto de estudo por Roberta Terezinha Uvo Bodnar³⁹, em sua Dissertação de Mestrado intitulada: “A tutela jurisdicional da saúde do idoso no Brasil e a matriz disciplinar interpretativa dos Tribunais na perspectiva da fraternidade”, na qual foram analisadas as decisões proferidas, inclusive, pelos Tribunais Superiores, chegando-se a seguinte conclusão:

³⁵ UVO, Roberta Terezinha; BODNAR, Zenildo. O papel do Poder Judiciário na implementação e no controle jurisdicional das políticas públicas de saúde do idoso. In: *Portal do Envelhecimento*, São Paulo, 6 mar. 2014. Disponível em: <www.portaldoenvelhecimento.com.br/o-papel-do-poder-judiciario-na-implementacao-e-no-controle-jurisdicional-das-politicas-publicas-de-saude-do-idoso/>. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁶ De acordo com o Tribunal de Contas da União (2017, p. 1): “A Constituição Federal consagrou a saúde como um direito fundamental, assim, legitimou a busca da concretização desse direito por meio do Poder Judiciário. Esse fenômeno é denominado de judicialização da saúde”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde. 16 de agosto de 2017. Disponível em: <portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 341-342.

³⁸ Sobre este tema relevante vide: SHULZE, Clenio Jair. Quanto vale a Judicialização da Sua Saúde. In: GEBRAN NETO, João Pedro; AVANZA, Clenir Sani; SCHULMAN, Gabriel. *Direito da Saúde em perspectiva: Judicialização, Gestão e Acesso*. Vol.2. Vitória: ABRAGES, 2017. p. 137 a 147.

³⁹ UVO BODNAR, Roberta Terezinha. *A tutela jurisdicional da saúde do idoso no Brasil e a matriz disciplinar interpretativa dos Tribunais na perspectiva da fraternidade*. 2015. Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. Disponível em: <repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/157417> Acesso em: 24 out. 2019, p. 150.



[...] o Poder Judiciário detém uma atuação digna de registro, sensível e fraterna para com as demandas voltadas às políticas públicas de saúde, especialmente as pertinentes à saúde do idoso, as quais têm sido decididas com base em princípios e valores previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e não raro fundamentadas na fraternidade, e em tal razão, pode-se dizer: sem sombra de dúvidas, a fraternidade se faz presente, conferindo teoria e prática, guardando expressão e força, gerando eficácia e exequibilidade, e, sobretudo, detém capacidade para inculcar o mais alto grau da “dignidade de nossa comum humanidade”, o que anseia o devido reconhecimento.

Portanto, verifica-se que por intermédio do Poder Judiciário, o Direito Fundamental à Saúde do Idoso, pode ser efetivado, inclusive, em uma perspectiva de Governança, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere a esta Instituição a responsabilidade de (re)afirmar o amplo conjunto de Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais, assim como os Princípios e Objetivos Fundamentais da República. Contudo, é indispensável constatar quais são os limites e, conseqüentemente, as aporias desta atuação (deste gerenciamento social) pelo Poder Judiciário.

A respeito da conjugação desses dois aspectos (limites e aporias) e, a título de entender sua aplicação na seara prática, dá-se conta de que da sua “virtualização” até a realidade, são exatamente essas aporias que dão margens às mudanças, e conseqüentemente, a Governança, operacionalizada pelo Poder Judiciário, que atua muito mais em um resultado de conjunto, e não de encaminhamento, interpretação e renovação do caso. Logo, o ponto chave é, esse “novo” Poder Judiciário, ator de Governança.

3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DA SAÚDE DO IDOSO: LIMITES E APORIAS

No viés da Governança, o Poder Judiciário tem um grande aliado na sua missão de entrega de Direitos. Na dimensão do Direito à Saúde do Idoso, tendo como parâmetro a Governança – ainda que com acepções distintas para os muitos campos – a perspectiva deve ser tomada levando em consideração que seu conceito, segundo André-Jean Arnaud⁴⁰ “[...]”

⁴⁰ ARNAUD, André-Jean. Governança. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Dicionário da Globalização: Direito Ciência Política. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.233-234.

tornou-se um paradigma, pois se trata atualmente de um conjunto de conceitos, suficientemente específico para oferecer respostas novas a questionamentos antigos”.

Ora, o Banco Mundial, ao descrever a Governança, leva em consideração o aspecto econômico de seu significado, indicando o seguinte conceito: “governança é definida como maneira pela qual o poder é exercido no gerenciamento dos recursos econômico e social de um país para o desenvolvimento”⁴¹. Aliás, sob esse aspecto, cumpre sinalizar uma agenda de especial significado. É que os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁴², aliados ao Pacto Global⁴³, assumiram especial compromisso com o aspecto econômico⁴⁴, e, também, encampados pelo Poder Judiciário, passaram a ter o seguinte reforço, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça⁴⁵:

Assim, se o Poder Judiciário batalha por uma sociedade ética, íntegra, pacífica, solidária, fraterna e próspera, também contribui para o alcance da Agenda 2030 e dela não pode se excluir. Ao revés, deve mostrar aos cidadãos o quanto contribui para esse pacto global.

171

Mais que isso, trata-se de um conceito revestido de atualidade, de forma que, tomada em sua especificidade, conforme as palavras de André-Jean Arnaud⁴⁶: “[...] poderá trazer uma renovação completa do processo de tomada de decisão tradicional, do processo de produção

⁴¹ Consta no original: “governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development”. WORLD BANK. Governance and development. Washington D.C.: World Bank Publication, 1992, p. 2. Disponível em: <://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁴² NAÇÕES UNIDAS. Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. Disponível em: <://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁴³ De acordo com a “chamada” para as Empresas, a ONU, através de seu Pacto Global – Rede Brasil, “O Pacto Global não é um instrumento regulatório, um código de conduta obrigatório ou um fórum para policiar as políticas e práticas gerenciais. É uma iniciativa voluntária que fornece diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, por meio de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras”. Em específico, o “Pacto Global é uma chamada para as empresas alinharem suas estratégias e operações a 10 princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade”. NAÇÕES UNIDAS. Pacto Global Rede Brasil. A iniciativa. Disponível em: <www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁴⁴ É que para atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, uma estratégia de crescimento convincente, nos moldes em que assumido pelo Pacto Global Rede Brasil, a mesma direciona-se às empresas e aos negócios, em uma clara reafirmação do processo econômico. NAÇÕES UNIDAS. Pacto Global Rede Brasil. ODS. Disponível: <www.pactoglobal.org.br/solucao/1>. Acesso em 30 out. 2019.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Revista Encontro Ibero-americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário. Ago. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/b244303e0db6062f1b0d6a05c20fd1b8.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁴⁶ ARNAUD, André-Jean. Governança. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da Globalização: Direito Ciência Política*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.235.



normativa de regulação social – mais particularmente, no que diz respeito, do processo de produção do direito”.

O significado de referida concepção muito interessa ao presente Estudo, na medida em que revela o estado atual da questão, qual seja, o fato de que a Governança ao servir-se de instrumento de entrega dos direitos relacionados à Saúde, quando comprometida com seus resultados, de forma positiva e capaz de entregar e gerar Direitos, dispensa o processo histórico, na medida de um longo tempo, e traduz-se em concretude de Direitos, ou, em outras palavras, capaz de gerar e (re)afirmar Direitos.

Ao salvaguardar o Direito Fundamental à Saúde do Idoso, conforme constatado no Item acima, o Poder Judiciário deve ofertar especial significação tanto à gestão da entrega de direitos, como, também, aos dados empíricos do caso concreto para a justificação das decisões implementadoras de Direitos Fundamentais Prestacionais, os quais devem ser valorados especialmente para a legitimidade da decisão interventiva.

Desse modo, a Governança funda-se em um tripé de proteção, de promoção e de defesa, qual seja, primeiro atua em uma dinamicidade econômica, depois, na gestão desses dados, e, por último, no caso, a mais decisiva, na condição de paradigma, de entrega de direitos sob a perspectiva de sua (re)afirmação, capaz de gerar significativos efeitos na seara da Justiça, no caso a Social.

Advirta-se, segundo escrito por Roberta Terezinha Uvo e Zenildo Bodnar⁴⁷, que não há se falar em Justiça Social, no campo da Saúde:

[...] quando o Poder Judiciário num ato de pretensão humanismo protagoniza a proteção egoística de determinados direitos individuais em prejuízo da coletividade, como, quando defere tratamentos de altíssimo custo a pacientes no exterior, cuja efetividade é questionada pela comunidade científica; quando insiste na dispensação de determinados medicamentos produzidos por certos laboratórios quando esses se encontram na forma genérica das listagens do Ministério da Saúde, ou, ainda, quando determina que o Estado forneça determinada medicação ou procedimento clínico, fora das hipóteses padronizadas, quando a pessoa possui plenas condições financeiras para tanto.

⁴⁷ UVO, Roberta Terezinha; BODNAR, Zenildo. O papel do Poder Judiciário na implementação e no controle jurisdicional das políticas públicas de saúde do idoso. In: *Portal do Envelhecimento*, São Paulo, 6 mar. 2014. Disponível em: <www.portaldoenvelhecimento.com.br/o-papel-do-poder-judiciario-na-implementacao-e-no-controle-jurisdicional-das-politicas-publicas-de-saude-do-idoso/>. Acesso em: 28 out. 2019.

Nesse contexto, Têmis Limberger e Leonardo Grison⁴⁸, no Artigo intitulado: “Políticas Públicas e Direito à Saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial”⁴⁹, concluíram que:

Por óbvio que, quando existente a política pública e não cumprida, cabe a intervenção judicial. E essa tem sido uma situação dramática corrente em nosso país. Porém há que se coibir os abusos.

Os recursos são escassos em qualquer economia, e o benefício que se dá a um é o que se tira de outro. Justamente por isso é uma questão de escolha. E essa escolha tem de ter parâmetros, para que se possa auferir que é uma escolha correta.

O Poder Judiciário há muitos anos busca uma forma célere e adequada para atuar com as demandas que envolvem a Saúde⁵⁰, destaque-se a experiência relatada por Zenildo Bodnar⁵¹ no Artigo intitulado: “A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma – SC”, fundamentado a Pesquisa na análise dos processos judiciais em tramitação em primeira instância, na qual o mencionado Autor⁵² demonstra concretamente que:

[...] é possível a adoção de medidas para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência a saúde, inclusive alcançar prevenção de litígios ou de seu trâmite quando claramente desnecessários antes as alternativas já disponíveis no sistema público.

⁴⁸ LIMBERGER, Têmis; GRISON, Leonardo. Políticas Públicas e Direito à Saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. In: Novos estudos jurídicos. Vol. 15, n. 2 (maio/ago. de 2010), Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 1995. Disponível em: <://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2600>. Acesso em: 28 out. 2019. p. 316.

⁴⁹ Sobre o Tema é indispensável referenciar a Tese de Doutorado defendida, em 26 de agosto de 2019, por Clenio Jair Schulze, intitulada: “Novos parâmetros para a judicialização da saúde: critérios para a Teoria da Decisão Judicial”. UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. Defesa de tese aponta novos parâmetros para a judicialização da saúde. Itajaí, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/noticias/Paginas/Defesa-de-tese-aponta-novos-parametros-para-a-judicializa%C3%A7ao-da-sa%C3%BAde.aspx>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁵⁰ Colhe-se da Página Oficial do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que: “A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009). Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum da Saúde. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-2-2/forum-da-saude-3/>. Acesso em: 24 out. 2019.

⁵¹ BODNAR, Zenildo. A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma – SC. In: Tempus Actas de Saúde Coletiva. V. 7, n. 1, 2013, Brasília: Universidade de Brasília. <://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1298/1132>. Acesso em: 28 out. 2019. p. 299.

⁵² BODNAR, Zenildo. A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma – SC. In: Tempus Actas de Saúde Coletiva. V. 7, n. 1, 2013, Brasília: Universidade de Brasília. <://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1298/1132>. Acesso em: 28 out. 2019. p. 313.

Nesse sentido, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Newton Carpes da Silva, durante à abertura do II Seminário Regional sobre Judicialização da Saúde⁵³, declarou que: “na semana passada” suspendeu uma decisão judicial, em sede Agravo de Instrumento, a qual conferia ao autor do processo, portador da *Síndrome de Arnold-Chiari*, submeter-se à cirurgia na Espanha; afinal, entre outros motivos, também, constatou-se por meio do *e-NatJus*⁵⁴ Estadual, que a cirurgia pode ser realizada no Estado do Rio Grande do Sul⁵⁵.

Apesar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há uma década, ter iniciado os estudos e, por meio da Recomendação n. 31⁵⁶, de 30 de março de 2010, ter traçado diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde, o Tribunal de Contas da União (TCU)⁵⁷, ao realizar a auditoria operacional, verificou que: “entre os dez

⁵³ Discurso de Abertura do Evento promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União (AGU), em 25 de outubro de 2019, na cidade de Porto Alegre. O referido Desembargador é o atual Presidente do Comitê Estadual de Saúde no Estado do Rio Grande do Sul. SILVA, Newton Carpes da. Abertura do II Seminário Regional sobre Judicialização da Saúde. Porto Alegre: Escola da AGU, 2019.

⁵⁴ Lançado em 21 de novembro de 2017, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2017), o *e-NatJus* é uma ferramenta que tem por objetivo: “fornecer subsídios, com base em evidências científicas, para a solução das demandas analisadas pelos magistrados. Todos os procedimentos e medicamentos, que estão incorporados ao sistema no SUS, estarão disponíveis e servirão para uma consulta voluntária do magistrado dentro de sua autonomia”. BRASIL. Ministério da Saúde. CNJ e Ministério da Saúde lançam ferramenta de apoio ao judiciário para ações em saúde. Disponível em: <www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41905-cn-j-e-ministerio-da-saude-lancam-ferramenta-de-apoio-ao-judiciario-para-acoes-em-saude>.

Acesso em: 28 out. 2019.

⁵⁵ É possível realizar Pesquisa Pública sobre determinado medicamento ou procedimento no *e-NatJus*, por intermédio da Página Oficial do Conselho Nacional de Justiça, qual seja: <www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php>. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *e-NatJus*. Disponível em: <www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁵⁶ A Recomendação 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, propõe a adoção de medidas com o propósito de subsidiar os magistrados a fim de garantir maior eficiência na solução de demandas judiciais pertinentes à saúde, como apoio técnico de médicos e de farmacêuticos às decisões dos magistrados. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 30, de 30 de março de 2010. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/03/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵⁷ O Tribunal de Contas da União (TCU), instaurou o processo n. Processo: 009.253/2015-7, com o fito de “identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos e entidades dos três poderes para mitigar os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde”, no qual conclui com as seguintes cinco causas centrais: “Em primeiro lugar, novas tecnologias farmacêuticas e novos tratamentos médicos têm surgido no mercado em uma velocidade maior do que o sistema público de saúde brasileiro pode acompanhar. Em segundo lugar, com a revolução na tecnologia da informação (*internet*), intensificou-se a difusão do conhecimento sobre essas inovações farmacêuticas e médicas, mesmo em países em que elas não estão disponíveis, tornando-se comuns as ações judiciais voltadas à importação de medicamentos ou à realização de tratamentos no exterior. Em terceiro lugar, as condições de oportunidade do litigante (alta taxa de sucesso e facilidade de acesso ao judiciário) propiciam um aumento no número de ações judiciais relativas à saúde. Em quarto lugar, há casos em que a prescrição médica diz respeito a medicamentos ou procedimentos que não foram registrados pela Anvisa. Em quinto lugar, há indícios da existência de redes de relacionamento entre indústria farmacêutica, associações de pacientes, advogados e médicos, propiciando a massificação da judicialização da saúde”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.787/2017, Plenário. Disponível em:

Tribunais de Justiça pesquisados e os cinco Tribunais Regionais Federais, a maioria não adotou as recomendações feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para aperfeiçoar a atuação do Poder Judiciário no processamento das ações judiciais relativas à saúde⁵⁸, razão pela qual o Tribunal de Contas da União (TCU) ofertou: “ciência ao CNJ sobre a situação encontrada sobre a implementação das suas recomendações relacionadas à judicialização da saúde (Recomendações 31/2010 e 43/2013) nos tribunais pesquisados [...]”⁵⁹.

O ponto chave nessas Recomendações decorre do fato seguinte: o Poder Judiciário se encontra amparado e com força Constitucional, eis que as Diretrizes, conforme emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça, traçam parâmetros a serem seguidos por todas as suas Instâncias, cujos modelos são construídos por equipes multidisciplinares, compostas por profissionais especialistas.

Contudo, tendo em vista uma atuação mais enérgica por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verifica-se que as Instâncias do Poder Judiciário estão conhecendo e fundamentando suas decisões, com base nas Diretrizes destinadas aos Magistrados pelo CNJ, quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à Saúde.

Perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi julgado o Tema 106, com o seguinte fundamento para o primeiro requisito: “consta das Jornadas de Direito da Saúde, realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, algumas diretrizes sobre a comprovação da imprescindibilidade do medicamento, sendo que o enunciado n. n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde asseverou que o laudo médico deve conter, pelo menos, as seguintes informações, que se incorpora no presente voto [...]”⁶⁰. Assim, sobreveio esta Tese⁶¹:

<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/009.253%252F2015-7/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4/%2520?uuiid=79ee5900-f9ae-11e9-8320-d57b3ad09d72>>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde. 16 de agosto de 2017. Disponível em: <portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 out. 2019. p. 40.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde. 16 de agosto de 2017. Disponível em: <portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 out. 2019. p. 42.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 106. Disponível em: <www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106>. Acesso em 28 out. 2019.

⁶¹ Tese definida no Acórdão dos Embargos de Declaração, publicado no DJe de 21 de setembro de 2018, o qual modulou os efeitos do Recurso Repetitivo no seguinte sentido: “[...] de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.” Porém, com Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, Tema 6: “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tema 106. Disponível em:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Tratando-se de julgamento de Recurso Repetitivo, nos termos do Código de Processo Civil⁶², decorre que, tendo sido a decisão já publicada, a tese firmada pelo Tribunal Superior deve ser seguida pelos demais Órgãos do Poder Judiciário (artigo 1.040, inciso III) em clara referência à assunção compromissória pertinente à Governança, conforme apontado neste estudo.

No mesmo sentido (artigo 1.040, inciso III, do Código de Processo Civil), em sede de Recurso com Repercussão Geral, o Tema 500, que versa sobre o “*Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA*”, foi julgado em 22 de maio de 2019⁶³.

Em síntese, com base no atual cenário, a Governança, quando se volta para as ações de Tutela da Saúde, primeiro há de atuar na seara da dinamicidade econômica, após, faz-se comprometida com a gestão desses dados, e, finalmente, perfaz-se em sua mais decisiva condição: ser paradigma de entrega e Tutela de Direitos.

Assim, limites e aporias de sua perfectibilidade, detém na Governança a centralidade de sua (re)afirmação, especialmente, tuteladas pelo Poder Judiciário, em nível de ser (execução) e do dever ser (prestação de tutela jurisdicional), influenciando e/ou modificando decisivamente a normatividade e os aspectos processuais que envolvem o Direito à Saúde do Idoso.

<www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106>. Acesso em 28 out. 2019.

⁶² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

⁶³ Restou fixada a seguinte Tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 500. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 30 out. 2019.

Por fim, convém lembrar que o Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça, encampou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, conseqüentemente, também, os Dez Princípios do Pacto Global, e, em ambos, há compromissos a serem executados, os quais influenciarão decisivamente no modelo da Governança na esfera da Tutela do Direito à Saúde, inclusive a do Idoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando-se em consideração o atual cenário do Direito Fundamental da Saúde do Idoso em seu processo de Governança, na esfera Judicial no Brasil, o presente Artigo relata os resultados do estudo que, registre-se, se deteve a examinar seus limites e aporias. Tais aspectos foram adotados porque poderiam, de um lado, estagnar a prestação da tutela jurisdicional e, de outro, expor eventuais dificuldades ou dúvidas decorrentes da impossibilidade de obter resposta ou conclusão em torno da Governança.

Contudo, a conclusão a que se chegou, por mais que não prevista inicialmente, apontou um caminho singular: a Governança posta na dimensão da atuação do Poder Judiciário, quando se coloca a favor da implementação da Saúde do Idoso, encontra-se apta ao enfrentamento da atuação do Poder Judiciário na implementação da Saúde do Idoso.

A atuação realizada pelo Poder Judiciário estimula a estratégia de Governança em prol da Saúde do Idoso, conforme constata-se dos Temas que fixaram as teses perante os Tribunais Superiores. Essas, em resumo, traçaram os parâmetros para julgamentos de demandas que envolvem à Saúde e, conseqüentemente, a Saúde do Idoso, que por sua condição de vulnerabilidade e exposição aos riscos, merece destacada reafirmação.

Foram três os pontos em que o presente estudo se baseou para examinar a Tutela da Saúde do Idoso, na condição de Direito prestado na esfera da Tutela Jurisdicional, a cargo e *mínus* do Poder Judiciário.

Portanto, a Governança, analisada sob a perspectiva dos Tribunais Superiores, primeiramente, atua sob o viés econômico.

Em segundo lugar, atua na gestão de dados – inclusive, com ênfase nas Diretrizes do Conselho Nacional de Justiça.

E, por último, no caso a condição mais decisiva para o objeto do estudo ora relatado, lança-se mão da Governança na condição de paradigma, qual seja, uma Governança obtida pelo



esforço da entrega de Direitos ao Idoso, sob a dinâmica de sua (re)afirmação, capaz de gerar significativos efeitos na prestação da Tutela Jurisdicional voltada ao Direito Fundamental da Saúde.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em 28 out. 2019.

ARNAUD, André-Jean. Governança. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da Globalização: Direito Ciência Política*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 233-235a.

BODNAR, Zenildo. A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma – SC. In: *Tempus Actas de Saúde Coletiva*. V. 7, n. 1, 2013, Brasília: Universidade de Brasília. <http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1298/1132>. Acesso em: 28 out. 2019.

BODNAR, Zenildo. Tutela jurisdicional da probidade da Administração Pública Ambiental. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 50, out. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Zenildo_Bodnar.html>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. e-NatJus*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Fórum da Saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es-2-2/forum-da-saude-3/>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Recomendação n. 30, de 30 de março de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/03/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Revista Encontro Ibero-americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário*. Ago. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/b244303e0db6062f1b0d6a05c20fd1b8.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 jan. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre Estatuto do Idoso e dá outras providências.* Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.* Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. *Ministério da Saúde. CNJ e Ministério da Saúde lançam ferramenta de apoio ao judiciário para ações em saúde.* Disponível em: <www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41905-cnj-e-ministerio-da-saude-lancam-ferramenta-de-apoio-ao-judiciario-para-aco-es-em-saude>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. *Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa.* Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.657.156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.* Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Tema 106.* Disponível em: <www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106>. Acesso em 28 out. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 855.178. Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 23 maio 2019.* Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Tema 500.* Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.787/2017, Plenário.* Disponível em: <pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/009.253%252F2015-7%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/4/%2520?uuid=79ee5900-f9ae-11e9-8320-d57b3ad09d72>. Acesso em: 28 out. 2019.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Auditoria operacional sobre judicialização da saúde. 16 de agosto de 2017.* Disponível em: <portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7 ed. 21 reimp. Coimbra: Almedina, 2019. 1522 p.



CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Título Original: “*Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*”.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, 224 p.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. V. 5, n. 8, jan. - jun. p. 8-26. 8, Curitiba, 2013. Disponível em: <www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019.

HERINGER, Flávio Roberto de Almeida. *Quantas políticas públicas há no Brasil? O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas*. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/555174/ILB2018_HERINGER.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 out. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMBERGER, Têmis; GRISON, Leonardo. Políticas Públicas e Direito à Saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. In: *Novos estudos jurídicos*. Vol. 15, n. 2 (maio/ago. de 2010), Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 1995. Disponível em: <[//siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2600](http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2600)>. Acesso em: 28 out. 2019.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Dykinson: Madrid, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU*. Disponível em: <nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 10 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global Rede Brasil. A iniciativa*. Disponível em: <www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em 30 out. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Global Rede Brasil. ODS*. Disponível: <www.pactoglobal.org.br/solucao/1>. Acesso em 30 out. 2019.

NEVES, Doris Castro. Poder Político e Poder Judiciário. In: *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 10, primeiro semestre de 2001, p. 121-127.

PASOLD, Cesar Luiz. Direito à saúde. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 51-55, jan. 1987. ISSN 2177-7055. Disponível em: <periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16398/14978>. Acesso em: 28 out. 2019. doi: <https://doi.org/10.5007/0%x>.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

ROCHA, Priscila Mendes; MIGOSKY, Felipe. Ativismo judicial e a judicialização dos Direitos Fundamentais. *In: Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.2, 2º quadrimestre de 2019. Disponível em: <://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/15079/8615>. Acesso em: 28 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 512 p.

SHACKLETON, Robert. *Montesquieu french political philosopher*. Disponível em: <www.britannica.com/biography/Montesquieu>. Acesso em: 28 out. 2019.

SHULZE, Clenio Jair. Quanto vale a Judicialização da Sua Saúde. *In: GEBRAN NETO, João Pedro; AVANZA, Clenir Sani; SCHULMAN, Gabriel. Direito da Saúde em perspectiva- Judicialização, Gestão e Acesso*. Vol.2. Vitória: ABRAGES, 2017. p. 137 a 147.

SILVA, Newton Carpes da. Abertura do II Seminário Regional sobre Judicialização da Saúde. Porto Alegre: Escola da AGU, 2019.

UVO, Roberta Terezinha; BODNAR, Zenildo. O papel do Poder Judiciário na implementação e no controle jurisdicional das políticas públicas de saúde do idoso. *In: Portal do Envelhecimento*, São Paulo, 6 mar. 2014. Disponível em: <www.portaldoenvelhecimento.com.br/o-papel-do-poder-judiciario-na-implementacao-e-no-controle-jurisdicional-das-politicas-publicas-de-saude-do-idoso/>. Acesso em: 28 out. 2019.

UVO BODNAR, Roberta Terezinha. *A tutela jurisdicional da saúde do idoso no Brasil e a matriz disciplinar interpretativa dos Tribunais na perspectiva da fraternidade*. 2015. Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. Disponível em: <://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/157417> Acesso em: 24 out. 2019).

WORLD BANK. *Governance and development*. Washington D.C.: World Bank Publication, 1992. Disponível em: <://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>. Acesso em: 24 out. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Ageing and health*. 5 feb. 2018. Disponível em: <www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>. Acesso em: 26 out. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution. Disponível em: <www.who.int/about/who-we-are/constitution>. Acesso em: 26 out. 2019.

UNITED NATIONS. 'We need to stand up now' for older persons: urges UN rights expert on World Day. 30 set. 2019. Disponível em: <://news.un.org/en/story/2019/09/1048252>. Acesso em: 24 out. 2019.



UNITED STATES. *Branches of the U.S. Government*. Disponível em: <www.usa.gov/branches-of-government>. Acesso em: 28 out. 2019.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. Defesa de tese aponta novos parâmetros para a judicialização da saúde. Itajaí, 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.univali.br/noticias/Paginas/Defesa-de-tese-aponta-novos-parametros-para-a-judicializa%C3%A7ao-da-sa%C3%BAde.aspx>>. Acesso em: 28 out. 2019.

Submissão: 27/04/2020
Aceito para Publicação: 21/09/2020



A INTERFACE ENTRE A AGRICULTURA FAMILIAR E A SEARA JURÍDICA: COMO A VULNERABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA DO AGRICULTOR SE REFLETE NOS PROCESSOS JUDICIAIS

THE INTERFACE BETWEEN FAMILY FARMING AND THE LEGAL FIELD: HOW THE SOCIAL AND ECONOMIC VULNERABILITY OF THE FARMER IS REFLECTED IN THE LAWSUITS

Marlene Pereira*

RESUMO: A legislação ambiental interfere diretamente na maneira como os agricultores desenvolvem suas atividades. Em razão do descumprimento de normas ambientais, muitos agricultores familiares chegam a receber autuações e a responder processos. Este trabalho teve por objetivo investigar se a vulnerabilidade social e econômica que atinge esse segmento da agricultura também se reflete na esfera judicial. A principal metodologia adotada foi a análise processual. Os principais resultados apontam que a maior dificuldade enfrentada pelos agricultores familiares é a de acesso, seja à informação ou aos mecanismos legais de defesa.

ABSTRACT: Environmental legislation interferes with the way farmers develop their activities. Due to non-compliance with environmental standards, many family farmers respond to lawsuits. This paper aimed to investigate whether the social and economic vulnerability that affects this segment of agriculture is also reflected in the judicial sphere. The main methodology adopted was the procedural analysis. The main results point out that the greatest difficulty faced by family farmers is the access, either to information or to legal defense mechanisms.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação. Agricultura. Acesso.

KEYWORDS: Legislation. Agriculture. Access.

SUMÁRIO: Introdução. 1 As situações conflituosas no campo judicial. 2 Os dados em cena. 2.1 Da pesquisa realizada na Segunda Promotoria de Justiça da Comarca de Viçosa. 2.2 Sa pesquisa realizada nos autos dos processos (2ª Promotoria, 1ª e 2ª Varas Criminais). 2.3 Da realização de termos de ajustamento de conduta – TAC. 3 Reflexões acerca da vulnerabilidade do agricultor em face do poder do Estado. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Embora pareçam campos absolutamente distantes, o direito dialoga e interfere diretamente no cotidiano do agricultor familiar. Se, muitas vezes a ciência jurídica é complexa até para os estudiosos da área, quanto mais para o homem simples do campo. Compreendendo ou não, está este agricultor obrigado a conhecer e a cumprir a lei, que sendo geral e abstrata, não admite o argumento do desconhecimento.

Para grande parte da população a agricultura familiar é sinônimo de “pequena produção rural” e, por isso, engloba os estabelecimentos produtores das rendas mais baixas e, também, aqueles de menores tamanhos de área. Sociologicamente, seria o grande conjunto de famílias que formariam a baixa classe média e uma fração do subproletariado, ambas as classes

* Professora do Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, em Juiz de Fora, no Brasil. Mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), no Rio de Janeiro, Brasil e Doutorado em Extensão Rural, pela Universidade Federal de Viçosa, em Minas Gerais, no Brasil.

moradoras das regiões rurais brasileiras e envolvidas com as atividades agrícolas (NAVARRO; PEDROSO, 2014).

Na verdade, o setor engloba segmentos diversos como extrativistas e assentados, minifundiários e pequenos empresários, agroecologistas e monocultores, os miseráveis e outros com melhores condições de vida (NAVARRO, 2001). Mas este conceito que prevalece no imaginário coletivo encontra justificativa por ser, de fato, uma categoria que, embora responsável por produzir cerca de 70% dos alimentos consumidos no país, empregar 74,4% dos trabalhadores rurais e gerar 38% da receita bruta da agropecuária brasileira, enfrenta dificuldades econômicas que se refletem no campo social, inclusive no exercício de seus direitos (IBGE, Censo Agropecuário, 2006).

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar a relação entre a vulnerabilidade social e econômica dessa categoria e os reflexos disso no campo judicial, no que se refere ao acesso aos direitos, bem como em relação à forma de abordagem e desfecho nas situações em que são acionados judicialmente.

A metodologia adotada para a pesquisa foi baseada em análise de boletins de ocorrência, processos judiciais e entrevistas. Optou-se por estudar os municípios que compõem a Comarca de Viçosa- MG, na Zona da Mata Mineira. Os municípios são: Viçosa, Coimbra, Cajuri, São Miguel do Anta, Porto Firme e Paula Cândido, apresentados no mapa abaixo:

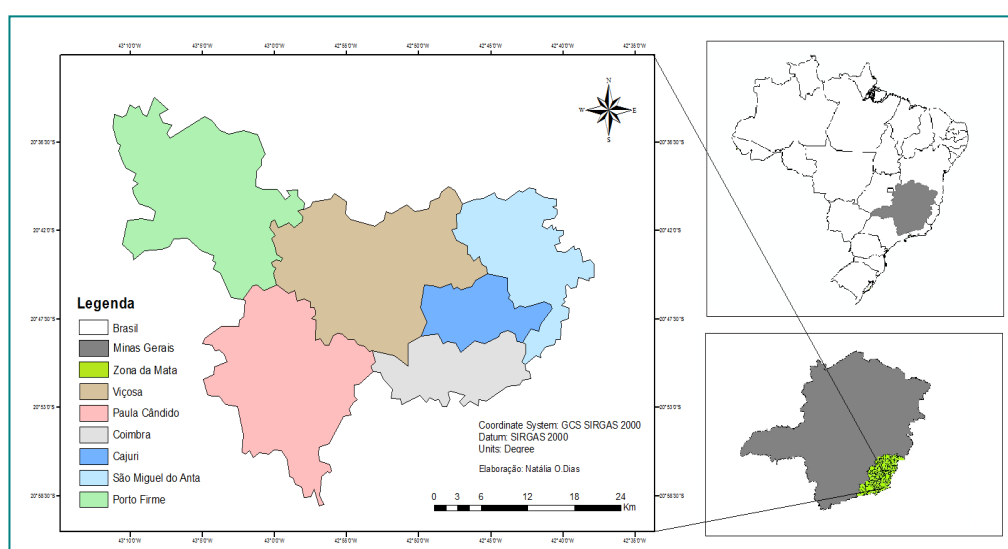


Figura 2 – Mapa dos municípios de Viçosa, Coimbra, Cajuri, São Miguel do Anta, Porto Firme e Paula Cândido. Elaboração: Natália Dias



A Zona da Mata Mineira é uma localidade com forte presença de conflitos entre agricultores e Estado, pois além do Código Florestal, que é uma lei federal, há ainda a presença do Código Florestal Mineiro e da Lei da Mata Atlântica, que atuam conjuntamente na proteção ambiental e, conseqüentemente, interferem e trazem limitações nos modos de produção.

Para análise dos processos foi necessário demarcar um período de tempo, no caso os anos de 2011 à 2013, em que foram identificados 240 processos/procedimentos envolvendo agricultor familiar. O marco temporal foi escolhido com vistas a analisar possível influência do Código Florestal, aprovado em 2012. Desse total, e de acordo com o cálculo de amostra válida, considerando uma amostra com 95% de confiabilidade, chegou-se ao número 148, total de fato analisado.

Observa-se que este marco temporal foi utilizado para que fosse possível chegar a um número razoável de processos a serem totalmente analisados, mas foi feito um acompanhamento dos anos seguintes, com vistas a validar as conclusões obtidas. Não se verificou alteração significativa dos dados, ao longo dos anos, mesmo porque, na região em estudo, as alterações trazidas pelo Código Florestal de 2012, que foram, principalmente, em relação a topos de morros, não tiveram impacto relevante, visto que as áreas mais afetadas são beiras de rios.

Além da análise dos boletins e dos autos processuais, foram realizadas entrevistas em profundidade com alguns agricultores, visto que os relatos encontrados nos processos não dão a exata dimensão da percepção do agricultor, pois trata-se de uma transcrição feita por um escrivão, que adequa o texto ao jargão forense. A pesquisa foi submetida à apreciação do Comitê de Ética da Universidade Federal de Viçosa e foi aprovado conforme parecer consubstanciado CAAE 34746114.9.0000.5153.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira, foi feito um panorama geral a respeito da abordagem e dos desfechos das situações conflituosas no campo judicial. Na segunda parte, analisou-se os dados quantitativos de boletins de ocorrência, processos e procedimentos estudados. E, na terceira, foi apresentada a discussão a respeito dos desafios e dificuldades encontradas pelos agricultores quando é acionado pelo Estado.

1 AS SITUAÇÕES CONFLITUOSAS NO CAMPO JUDICIAL

Na Comarca de Viçosa, os policiais chegam ao local do fato por meio de denúncia, na maior parte das vezes, ou por meio de policiamento ostensivo, ou seja, do trabalho normal de ronda. Constatada a infração, a polícia notifica o infrator a respeito da instauração de um procedimento administrativo, que geralmente, tem como consequência a aplicação de uma multa. O boletim de ocorrência, lavrado na hora, é encaminhado *on line* para a Delegacia da Polícia Civil e para o Ministério Público Estadual.

Cabe ao delegado da Polícia Civil analisar se o fato constitui crime ambiental. Se constituir, deverá ser iniciado um inquérito policial. Concluído o inquérito, ele deverá ser encaminhado ao Ministério Público, órgão responsável para propor a ação penal. O processo surge com a ação penal, pois, ao dar início a ela, o conflito é levado à apreciação do Poder Judiciário para que o juiz decida se houve crime e se a pessoa acusada deve ser punida.

Paralelamente a isto, o Ministério Público analisa se o fato causou dano ambiental. Se tiver causado, poderá optar entre propor um termo de ajustamento de conduta (TAC) ou, iniciar uma ação civil pública. O Ministério Público tem competência ainda para iniciar inquérito civil para apuração de dano ambiental, independentemente de ocorrência de crime ou infração ambiental. Nesses casos, o fato chega ao conhecimento do promotor por meio de denúncia. Esses inquéritos civis podem ou ser arquivados, ou resultar em termos de ajustamento de conduta ou ensejar a propositura de ação civil pública.

A possibilidade de mais de um desdobramento da infração ambiental é um dos aspectos mais difíceis de serem compreendidos pelos agricultores, pois, muitas vezes, eles são autuados administrativamente e acreditam que o problema será totalmente solucionado com o pagamento da multa. Entretanto, após o pagamento, são surpreendidos com uma notificação para que compareçam ao fórum para realizar um TAC ou recebem uma citação judicial que informa que foi instaurado um processo em que ele é réu. A sensação dos agricultores é a de que estão sendo punidos duplamente ou triplamente pelo mesmo fato.

De acordo com a lei, é possível apresentar defesa contra o auto de infração, no prazo de 20 (vinte) dias, contados da data da notificação do autuado da lavratura do auto de infração. Essa defesa poderá ser elaborada pelo próprio autuado ou por um advogado. Cabe ao autuado a prova dos fatos alegados. Entretanto, as provas propostas pelo autuado poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada da autoridade competente.

Após julgamento da defesa apresentada, o autuado receberá, em sua residência, uma correspondência, contendo um ofício que informará sobre a resposta da defesa. Caberá, ainda, o recurso que poderá ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da notificação do autuado do julgamento da defesa. O recurso também poderá ser elaborado pelo próprio autuado ou por advogado.

Embora a legislação deixe clara a possibilidade de redução do valor da multa, em caso de recurso aceito, dado o grau de desinformação existente entre os agricultores, a apresentação de defesa e de recurso pelo próprio autuado são muito pouco utilizados. Esta pressuposição foi confirmada pelos técnicos do IEF – Instituto Estadual de Florestas. Segundo o analista ambiental do IEF, “a maior parte dos agricultores autuados paga a multa, sem contestações, de forma parcelada”. O Sr. Daniel (nome fictício), morador de Córrego Fundo, Viçosa-MG, é um exemplo que parece representar o comportamento comum entre os agricultores da região em relação ao pagamento de multas. Disse ele: “Paguei R\$ 6.000,00 porque não ajustei advogado. Depois me falaram que se tivesse arrumado advogado, a multa tinha diminuído. Mas eu não arranji não, porque eu não preciso de advogado. Pra quê advogado? Eu não matei ninguém...”

A partir da fala deste agricultor duas observações podem ser feitas: a primeira vai ao encontro do estudo de Woortmann (1990), de acordo com o qual a honestidade é um valor a que o camponês dá muita importância. Nesse sentido, “demandar na justiça” é algo que só deve ocorrer quando não puder ser evitado, pois remete à prática de uma má conduta. Desta percepção decorre a segunda observação, que aponta para o significado social e psicológico do processo na vida desses sujeitos, pois, muito além de ser um contratempo, implica em deduções a respeito do indivíduo.

Ainda sobre a utilização dos recursos, observa-se que somente aqueles que detêm informações suficientes para se defenderem, sejam sozinhos, seja por meio de serviços especializados utilizam esses instrumentos legais. Mais uma vez fica evidenciado o fato de que, embora existam previsões legais no sentido de facilitar a resolução dos problemas de irregularidade, existe uma parcela significativa de cidadãos que permanece excluída do exercício pleno desses direitos. Considerando a acepção ampla de meios de vida, em que recursos ou ativos são também os acessos e as oportunidades, fica claro que grupos social e economicamente vulneráveis, como é o caso dos agricultores familiares, encontram mais dificuldades para usufruírem das garantias legais e jurídicas.



As autoridades esforçam-se para atribuir aos agricultores a responsabilidade por não utilizarem as concessões dadas pela lei e por não pleitearem as políticas de que necessitam, afirmando serem os agricultores pessoas “caladas e pouco participativas”. Disse o promotor de justiça da Comarca: “os agricultores não são organizados, e mesmo quando conseguem se organizarem, de alguma maneira, os representantes têm pouca instrução”.

Na Comarca de Viçosa, durante o período de 2011 a 2013, considerando os 240 procedimentos em curso, 65,8% resultaram em TAC. Destes, 33,5%, foram cumpridos e 66,5% tiveram desdobramentos judiciais, com propositura de ações. Logo, não se pode afirmar que a realização do acordo extrajudicial tenha amenizado a situação do agricultor, evitando que este tenha desgastes decorrentes da lentidão e burocracia da Justiça, pois a quantidade de acordos que não foram cumpridos é grande. As principais razões que justificam o descumprimento dos TAC são as dificuldades em cumprir as medidas e o custo que elas envolvem.

Quanto ao período médio para a questão seja solucionada por meio de TAC, observou-se que entre a ocorrência do fato e a realização do acordo decorrem em média 2 anos. Entre a realização do TAC e o termo final do processo decorrem em média 3 anos, totalizando um período de duração médio para o processo de 5 anos, desconsiderando eventuais recursos. Esse prazo pode variar de acordo com as especificidades do caso, mas o que se pôde notar é que o fator que mais interfere no tempo de duração do processo é a realização da perícia. De acordo com informações obtidas nos próprios autos e confirmadas por funcionários estaduais, a estrutura dos órgãos técnicos estaduais responsáveis pela perícia encontra-se bastante deficitária, de modo que os agentes são insuficientes para o número de solicitações feitas pela Justiça.

189

2 OS DADOS EM CENA

Serão apresentados nesta seção os dados obtidos a partir de pesquisa realizada na sede da Polícia Militar do Meio Ambiente de Viçosa, na 2ª Promotoria Cível da Comarca de Viçosa e na 1ª e 2ª varas criminais da Comarca de Viçosa. O objetivo desses dados é apresentar um panorama a respeito do número e dos tipos de infrações mais frequentes, em cada município, no período em estudo. Inicialmente serão apresentados os dados referentes ao número de procedimentos realizados pela Polícia Militar do meio ambiente, por ano, de 2011 a 2013.



Quadro 1- Procedimentos da Polícia Militar do Meio Ambiente de Viçosa - 2011 a 2013

Número de Procedimentos/ano	2011	2012	2013
	1087	847	887

Fonte: Banco de dados da Polícia Militar do Meio Ambiente de Viçosa .

De acordo com as pesquisas realizadas nos arquivos da Polícia Militar, foi possível identificar que as ocorrências mais frequentes na região, em ordem decrescente, são os seguintes: intervenção em área de preservação permanente; crime contra a fauna; corte de árvores, sem autorização.

Os números acima apresentaram um leve declínio, em torno de 20% do ano de 2011 para o ano de 2013. Inicialmente, atribuiu-se a redução à aprovação do novo Código Florestal, que ocorreu em maio de 2012. Trabalhou-se com a hipótese de que a entrada em vigor da nova lei florestal tivesse contribuído para alterar o panorama, pois foram introduzidas alterações em relação às APPs que, possivelmente, refletirão na redução das infrações ambientais. Cita-se o exemplo do art. 4º, IX, de acordo com o qual apenas os morros e montanhas com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25º são considerados APPs. Com essas alterações, os topos de morro na região em estudo deixaram de ser considerados áreas protegidas e, conseqüentemente, o uso deixou de ser considerado ilegal. Neste sentido, as explicações de alguns estudiosos são assim expostas:

Em função da alteração nos parâmetros que definem estas APPs, dificilmente serão encontradas elevações que contenham altitude superior a 100 m em relação à base (considerando o ponto de sela mais próximo) e, ao mesmo tempo, declividade média superior a 25º. Em diversos municípios analisados na região dos mares de morros da Zona da Mata mineira, utilizando a metodologia aqui apresentada, nenhuma APP em topo de morro foi detectada, por exemplo. (OLIVEIRA; FERNANDES FILHO, 2013).

Entretanto, foi informado pelo Sargento comandante da equipe que o elevado número de ocorrências constatado no ano de 2011 é resultado de uma operação “força-tarefa”, que reuniu um número bem maior de policiais atuando na área da fiscalização, e que resultou em um maior número de autuações. Analisando as ocorrências do período anterior à aprovação do Código Florestal, foi possível notar que as infrações por intervenção em APPs de topos de morro já não

eram comuns na região. A maior parte das autuações era, e continua sendo, referente a intervenções em APPs de margem de rio. Nesse sentido, não foi possível associar a redução do número de autuações com as alterações trazidas pela nova lei.

Ainda a respeito do quadro apresentado, cabe observar que os números apresentados referem-se à totalidade das ocorrências, ou seja, considerando-se tanto a área urbana, quanto a rural. Entretanto, como a pesquisa teve foco na área rural, as infrações ambientais ocorridas na área urbana aparecem computadas, mas não serão detidamente analisadas. A esse respeito cabe observar que, se considerada a Comarca de Viçosa como recorte espacial, as ocorrências ambientais em área rural é superior àquelas verificadas na área urbana. Porém, se considerado apenas o município de Viçosa, a proporção se inverte e o uso indevido de APPs urbanas tornam-se mais significantes, em razão, principalmente, do grande número de construções civis próximas a áreas protegidas que existe. Abaixo apresenta-se o gráfico que mostra a proporção das infrações na área urbana e rural, considerando a Comarca como um todo.

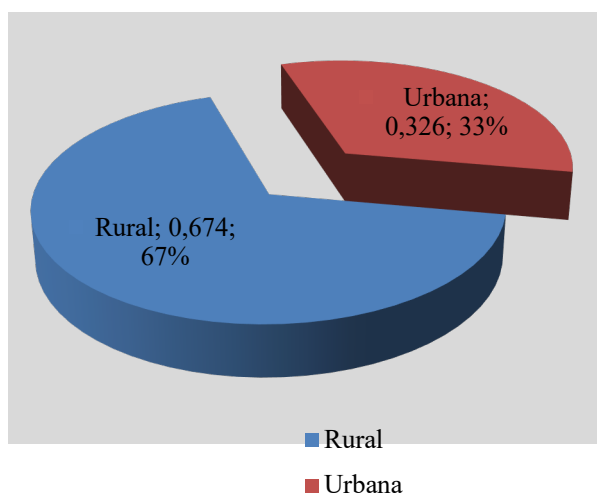


Gráfico 2 – Distribuição percentual das infrações descritas nos processos que tramitam na 2ª Vara Cível da Comarca de Viçosa, no período de 2010 a 2013, de acordo com área de ocorrência. Fonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Elaboração do gráfico: José Antônio Brilhante de São José.

2.1 DA PESQUISA REALIZADA NA SEGUNDA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE VIÇOSA

Ainda referente aos dados quantitativos, serão apresentados aqueles obtidos na pesquisa realizada na 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Viçosa-MG, referente ao período de 2011 a 2013. O Ministério Público (MP) possui diversas frentes de ação no que se refere à sua atuação no âmbito da questão ambiental. Age a partir de denúncias (notícias crime) realizadas por cidadãos, de comunicações feitas pela Polícia Militar do Meio Ambiente e também por iniciativa própria. Considerando as denúncias realizadas por cidadãos e comunicações realizadas pela Polícia Militar do Meio Ambiente, constatou-se a ocorrência de 206 notícias de fato, no período. O desfecho destas notícias de fato foi o seguinte:

Quadro 4 - Número de inquéritos civis em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Viçosa, no período de 2011 a 2013, por município

Inquéritos civis cidade/ano	2011	2012	2013
Viçosa	92	32	37
Canaã	9	2	2
Coimbra	5	2	9
São Miguel do Anta	14	3	1
Paula Cândido	14	1	3
Cajuri	6	4	4
Total por ano	140	44	56
Total geral – 240			

Fonte: Banco de dados do Ministério Público da Comarca de Viçosa- MG.

A comparação entre os três anos em estudo, considerando-se a Comarca como um todo, demonstra também uma significativa redução do número de Inquéritos Civis em curso. Entretanto, conforme explicado pelo sargento, os anos de 2012 e 2013 refletem a média normal

de ocorrências, estando a disparidade no ano de 2011, em decorrência das ações da “operação força-tarefa”. Nota-se, assim, que não foi possível perceber mudança significativa no número de inquiridos em consequência das alterações trazidas pelo Novo Código Florestal.

2.2 DA PESQUISA REALIZADA NOS AUTOS DOS PROCESSOS (2ª PROMOTORIA, 1ª E 2ª VARAS CRIMINAIS)

Foram analisados 148 dos 240 processos/procedimentos em curso, no período de 2011 a 2013, conforme cálculo da amostra válida. Esclarece-se que a análise da totalidade dos casos torna-se praticamente impossível, no período de tempo da pesquisa, visto que os processos/procedimentos tramitam de uma instância para outra, de um órgão para outro para que sejam feitas análises, pareceres e, desse modo, seriam necessárias várias outras visitas para conseguir ter acesso a todos os autos.

As pesquisas foram realizadas na 2ª Promotoria Cível e na 1ª e 2ª varas criminais da Comarca de Viçosa. Na Promotoria foram analisados os Termos de Ajustamento de Conduta, as Ações de Execução dos Termos de Ajustamento de Conduta, os Inquiridos Cíveis e as Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público.

Na 1ª Vara Criminal foram analisados os processos que seguem o rito ordinário para onde são destinados os processos referentes a crimes cujas penas máximas sejam superiores a dois anos. Poucos processos por crimes ambientais são processados nesta vara, visto que a maior parte dos crimes previstos na lei de crimes ambientais estipula penas máximas inferiores a dois anos. E na 2ª Vara Criminal foram analisados os processos criminais que se enquadram na categoria de “causas de menor potencial ofensivo”, considerados estes os crimes e contravenções penais cujas penas máximas não sejam superiores a dois anos de privação de liberdade. Estes representam a maior parte dos casos em estudo.

Na visão das autoridades públicas envolvidas no processo a falta de acesso às informações é um dos fatores responsáveis pelo número de ocorrências, mas em geral compreendem e explicam essa situação como um problema individual. Na verdade, o que se observa é que o acesso à informação e à extensão rural é um problema que atinge todo o segmento e causa muitos prejuízos, dentre eles o desfecho judicial dos conflitos ambientais. Tal comportamento dos agentes do Estado contribui para justificar um sistema de injustiças e também para perpetuar a invisibilidade dos sujeitos periféricos e legitimar a exclusão às oportunidades e



acessos que a desigualdade institui, numa perspectiva de compreensão do direito como instrumento de poder. Embora saibam que a razão para a não utilização dos recursos seja a falta de informação dos agricultores, que funciona como uma limitação não apenas para a utilização dos instrumentos legais, como também para que busquem ajuda, continuam associando tais condutas ao perfil “carrancudo” do camponês. Sobre este aspecto, vale mencionar as reflexões de Freire (1983) a respeito das razões prováveis do comportamento fechado do agricultor:

E onde buscar estas razões, senão nas condições históricas, sociológicas, culturais, que os condicionam? Admitindo uma vez mais as mesmas hipóteses para efeito de raciocínio, diremos que os camponeses não recusam o diálogo porque sejam, por natureza, refratários a ele. Há razões de ordem histórico, sociológica, cultural e estrutural que explicam sua recusa ao diálogo. Sua experiência existencial se constitui dentro das fronteiras do antidiálogo. O latifúndio, como estrutura vertical e fechada, é, em si mesmo, antidiálogo. Sendo uma estrutura fechada que obstaculiza a mobilidade social vertical ascendente, o latifúndio implica numa hierarquia de camadas sociais em que os estratos mais “baixos” são considerados, em regra geral, como naturalmente inferiores (FREIRE, 1983, p. 25).

194

Mas Freire observa que para que os camponeses sejam assim considerados, é preciso que haja outros que desta forma os considerem, ao mesmo tempo em que consideram a si mesmos como superiores. Diz Freire: “Para que os homens simples sejam tidos como absolutamente ignorantes, é necessário que haja quem os considere assim. Estes, como sujeitos desta definição, necessariamente a si mesmos se classificam como aqueles que sabem.” (FREIRE, 1983, p. 30).

Segundo Souza (2006), o valor diferencial entre os seres humanos subsiste de forma inarticulada em todas as nossas práticas institucionais e sociais. Existe uma ligação subliminar destas intencionalidades individuais nos diversos contextos do cotidiano. Dessa forma, “há uma parcela de pessoas que são consideradas “subgente”, mas esta dimensão é subliminar, implícita e se mostra a partir de signos sociais aparentemente sem importância”. Segundo Souza (2006), “o que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas por isso mesmo tanto mais eficazes, que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos arraigados”.

2.3 DA REALIZAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC

O Termo de Ajustamento de Conduta é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, promovida por órgãos públicos, tendo como objeto a adequação de um agir. De acordo com a Lei nº 8.884/94, tal compromisso se constitui um título executivo extrajudicial (art. 53, § 4º). Como título executivo extrajudicial que é, o não cumprimento da obrigação firmada enseja a execução civil. Considera-se execução a situação em que Estado intervém no sentido de obrigar o responsável por uma obrigação a cumpri-la, visto que não a cumpriu espontaneamente.

Atualmente, a esfera judiciária tem buscado, em todas as áreas, encontrar soluções consensuais para os problemas em uma tentativa de reduzir embates e diminuir a duração dos processos. Segundo Oliveira (2013), “o TAC é um instrumento que importou os modelos de negociação ambiental, surgidos na década de 1970, nos Estados Unidos, através do movimento de Environmental Mediation”. Por meio dos TACs busca-se solucionar o problema de forma mais rápida, pois não cabem tantos recursos quanto em uma ação judicial, e, de modo mais eficaz, visto que os direitos coletivos, pela sua própria natureza, necessitam de soluções rápidas, sob pena de o prejuízo tornar-se definitivo e irreparável. Se essa parte desrespeitar o acordo, não cumprindo com as obrigações que assumiu, o procurador/promotor pode entrar com pedido de execução para o juiz obrigá-la ao cumprimento. Neste caso, a questão torna-se judicial.

Na Comarca de Viçosa, durante o período de 2011 a 2013, considerando os 240 procedimentos em curso, 65,8% resultaram em TAC. Destes, 33,5%, foram cumpridos e 66,5% tiveram desdobramentos judiciais, com propositura de ações. Logo, não se pode afirmar que a realização do acordo extrajudicial tenha amenizado a situação do agricultor, evitando que este tenha desgastes decorrentes da lentidão e burocracia da Justiça, pois a quantidade de acordos que não foram cumpridos é grande. As principais razões que justificam o descumprimento dos TAC são as dificuldades em cumprir as medidas e o custo que elas envolvem. De acordo com os processos analisados, as principais obrigações propostas pelo Ministério Público e assumidas pelos agricultores foram:

1. Elaboração e execução de plano técnico de reconstituição da flora da área (PTRF)
2. Averbação de Reserva Legal ou realização de CAR (após a Lei 12651/2012)
3. Pagamento da perícia – R\$ 272,68

Outras penalidades aplicadas aos casos foram:

- Obtenção de outorga da água usada para irrigar o plantio



- Revegetação do local
- Cercamento da área
- Reflorestamento da área
- Recomposição da vegetação

Em relação aos acórdãos do Tribunal de Justiça de MG (TJMG) que foram analisados, no que se refere aos desmates realizados por agricultores familiares, há decisões compreendendo que não existe adequação social em punir pessoas que provocam danos ambientais mínimos na busca pela subsistência, concluindo pela absolvição do acusado.

Considerando a área mínima desmatada; considerando a situação real da acusada; considerando a necessidade indubitosa de ter-se a subsistência familiar como valor superior ao bem atingido que, aliás, é passível de recomposição, conforme laudo do IEF, f. 13/14, não se mostra socialmente adequada uma punição criminal a quem, como visto, já é punida pela própria carência a que está submetida, juntamente com sua família (Tribunal de Justiça de MG. Inteiro teor dos acórdãos. Leis especiais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>).

196

Apesar de as instâncias superiores apresentarem uma visão mais moderada da situação e considerarem o contexto social das partes envolvidas para a elaboração da decisão, poucos processos chegam a ser analisados pelo tribunal, visto que razões diversas, como a baixa renda e o baixo grau de instrução, fazem com que dificilmente a questão chegue até as instâncias recursais.

3 REFLEXÕES ACERCA DA VULNERABILIDADE DO AGRICULTOR EM FACE DO PODER DO ESTADO

Com o problema de falta de profissionais para atender a um número grande de demandas, os processos se arrastam nos gabinetes aguardando um parecer. Diante da atual situação dos órgãos públicos estaduais, o próprio Ministério Público, quando percebe que o infrator tem condições de arcar com o custo, determina que a perícia seja feita às suas expensas. Em geral, são necessárias duas perícias, uma no início, para averiguar se houve dano, estimar o tamanho do dano e apontar as medidas a serem tomadas seja para a recuperação do ambiente ou, se isto não for possível, para indicar as medidas compensatórias. E, outra, no final do processo, para verificar se as medidas foram totalmente cumpridas e, assim, liberar o réu. A análise dos



processos permitiu concluir que quando o infrator paga as duas perícias, o processo demora, em média, dois anos menos. Logo, se a pessoa não tiver condições de pagar, terá que passar mais tempo “em débito com a justiça”. Conclui-se, portanto, que a condição econômica do indivíduo se reflete na esfera judicial, pois, se o infrator possuir renda, ele poderá arcar com o valor da perícia e acelerar a marcha do processo. Lembra-se, aqui, que em relação aos agricultores, a situação de “estar respondendo a processo” possui uma série de repercussões de âmbito social, pois esse grupo compreende a dívida com quem quer que seja, mas principalmente com a justiça, como algo desabonador.

Compreende-se esse aspecto como uma oportunidade para refletir a respeito da isonomia jurídica, pois, neste caso, ter melhores condições econômicas representa resolver o problema de forma mais célere, e, portanto, ter menos aborrecimentos. Em lugar de buscar oferecer suporte aos que não podem pagar pelo serviço, seja por meio do aumento do número de funcionários, seja por meio de serviços voluntários ou estágio supervisionado, a Promotoria concede a “igualdade para os desiguais”, pois admitindo a regra de “quem puder que pague”, o que se obtém é uma profunda desigualdade conforme a qual quem tem mais renda, paga e livra-se do processo e quem tem menos continua “em débito” com o Estado, em função da própria ineficiência deste. Segundo Souza (2006, p.46), “para além da eficácia jurídica, existe uma espécie de acordo implícito em que alguns são considerados acima da lei e outros abaixo dela”. Conforme Taylor (1986, p. 15) para que haja eficácia legal da regra de igualdade é necessário que haja a percepção da igualdade na dimensão da vida cotidiana.

A própria constituição da relação processual demonstra a desigualdade e a desproporção que existe entre os sujeitos que a compõem. A doutrina jurídica retrata a relação processual por meio da figura de um triângulo, em cujos vértices estariam o Estado, o autor e o réu. Portanto, de um lado figuram profundos conhecedores das leis, portarias e resoluções, e, de outro, encontram-se pessoas despossuídas de conhecimento legal, ou mesmo, formal. O advogado tem a função de promover um nivelamento entre as partes. Mas de acordo com a lei, há situações em que não existe a obrigatoriedade da presença deste profissional.

Na maioria dos processos analisados, os agricultores não estavam acompanhados por advogado. Na esfera cível estavam sozinhos e na esfera penal receberam o acompanhamento da defensoria pública. Acredita-se que esta seja uma das principais razões para justificar o fato de muitos desses agricultores aceitarem o TAC e, posteriormente, perceberem que não tinham condições de cumpri-lo. Nesse sentido, vale ressaltar a fala do promotor de justiça, que ao



descrever o perfil dos agricultores que respondem a processos disse: “O perfil é majoritariamente de pessoas pobres, até paupérrimas e desinstruídas, à mercê do suporte estatal”.

A fala do promotor reflete um modelo de sociedade hierarquizada, segundo o qual até mesmo as instituições atuam de forma preconceituosa em relação aos sujeitos periféricos. Mais uma vez, cabe mencionar Souza (2006) e a ideia da tríade meritocrática, que envolve qualificação, posição e salário, três características que, de acordo com esse autor, definem o status do indivíduo na sociedade.

O promotor também afirmou que, muitas vezes, o Ministério Público (MP) não propõe a realização do TAC, por compreender que essa forma de solução do conflito é mais rápida, mas pode suprimir algumas oportunidades de defesa do possível autor do fato. Disse eles: “ (...) a razão que tem levado o MP de Viçosa a ingressar direto na justiça, sem convidar o degradador para um ajustamento de conduta é a constatação de que as pessoas sentem-se induzidas a assinar o termo e o fato”.

Ainda que haja previsões, na lei, que visem assegurar garantias ao cidadão em face do poder do Estado e que busquem enfatizar a existência de diferentes sujeitos de direito e de diferentes formas de tratamento que devem ser destinadas a eles, a ausência de políticas públicas, no sentido de capacitar tais indivíduos para que possam usufruir dos mecanismos de defesa, inviabiliza a utilização dos mesmos. Dessa forma, a modernização legislativa, para parte significativa dos destinatários da norma, fica apenas no papel, visto que o acesso às medidas de proteção e de salvaguarda fica limitado aos que possuem mais capital econômico ou social (redes de relacionamento).

Conforme afirma Souza (2006), as instituições, no Brasil, são modernas, mas isso não significa que elas sejam o reflexo de uma sociedade que se modernizou. No mesmo sentido, Gomes (2019, p. 252) explica que:

“a modernidade periférica corresponderia, pois, a sociedades em que as instituições modernas, com sua conformação de práticas modernas, são anteriores ao ideário moderno, e cujo contexto anterior à chegada dessas instituições modernas influencia somente de forma negativa a esquematização do novo complexo valorativo, sua aclimatação ao novo território social.”

Assim, a exclusão histórica dos agricultores pobres não terminou com os ciclos econômicos; ao contrário, permanece e se estende para outras áreas como a política e a jurídica.



Isso ocorre porque as instituições modernas representam uma criação da sociedade conservadora para assegurar direitos e garantias para os grupos dominantes. Assim, apesar da modernidade, os grupos dominados permanecem cobertos pela invisibilidade social e política, ocupando lugar periférico na sociedade.

Ainda a respeito da vulnerabilidade do agricultor em relação aos órgãos do poder judiciário, menciona-se ainda um conjunto de outros elementos, que também o compõem e o definem, e que contribuem para enfatizar a distância entre o órgão instituidor da normatividade e as partes a ela sujeitas. Trata-se do espaço físico, que, como ressalta Santos (1988), “nunca é só físico”. O ambiente composto por mobiliário, computadores, carimbos, formulários, etc. representa um espaço de intimidação, pois é marcado pela presença de elementos que estão associados ao conhecimento e ao formalismo. As vestes e o vocabulário forenses também evidenciam a diferença entre os sujeitos e enfatizam a distância que existe entre eles. Sobre o rigor indumentário do judiciário, Dolzany (2003) ressalta que talvez apenas as religiões tradicionais se comparem aos rigores dos paramentos dos rituais forenses. Para ele, um sacerdote e um juiz em suas vestimentas se confundem, pois em ambos os casos a veste talar cria um “ar” de superioridade.

Uma das características do linguajar jurídico que mais evidencia a distância das normas em relação aos seus destinatários é a ambiguidade. É comum em textos legislativos a presença de termos ambíguos e de conceitos indeterminados, que contribuem para deixar a sociedade mais passiva em aceitar e mais insegura em utilizar o que está na lei. Essas expressões deixam clara a intenção de manter as normas como instrumentos dos profissionais que possuem qualificação técnica para revelar seus significados. Segundo Lyra Filho (1982), a lei emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção.

Soares (2007, p. 8) observa que se a pessoa é prioridade na ordem de fundamento do Estado Brasileiro, esta necessita de condições para se desenvolver de forma plena e um requisito essencial é conhecer e compreender minimamente os seus direitos e deveres, o que pode se revelar uma verdadeira odisseia. Soares (2007, p. 8) afirma que a aproximação entre legislador e cidadão pode propiciar processos de produção do Direito em que haja mais persuasão e menos coerção. Neste ponto vale mencionar Freire (1983) que afirma que, de uma perspectiva realmente humanista, não cabe usar as técnicas para persuadir o camponês, como se ele fosse



um papel em branco. Segundo Freire (1983), em lugar da “domesticação” dos homens, deve haver a comunicação.

Na mesma linha de raciocínio, Bourdieu (2003), compreendendo o direito como um poder simbólico, afirma que a ciência jurídica apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna. Desse modo, segundo ele, os operadores do direito, desde a formação, são treinados a utilizar uma linguagem própria e hermética, que faz do direito um instrumento segregador, visto que é construído e utilizado por um grupo específico, que domina as técnicas. De acordo com esse raciocínio, o fato de as normas serem de difícil entendimento, não apenas assegura a esse grupo um campo de trabalho, como também facilita a aceitação das normas pela sociedade.

Para Bourdieu (2003), a linguagem jurídica traz em si o caráter de neutralidade e imparcialidade transparecendo que a decisão judicial representa a vontade do Estado e, por isso, aplica-se igualmente a qualquer um. Segundo ele, o simbolismo evidencia que o agente atua na qualidade de depositário provido de um mandato e não em seu próprio nome ou de sua própria autoridade. Assim, o agente atua ou fala em nome do Estado, e isto o legitima.

Finalizam-se estas reflexões mencionando Souza, segundo o qual, existe uma espécie de rede invisível que une desde o policial na abertura do inquérito até o juiz na sentença final, passando por advogados, testemunhas, promotores, jornalistas etc (SOUZA, 2006, p. 46). Estes atores, por meio de um acordo implícito e jamais verbalizado, constroem o discurso da condenação ou da inocência, de acordo com as características do sujeito do caso.

CONCLUSÕES

Concluiu-se com a pesquisa que a posição de desvantagem dos agricultores em face do poder do Estado foi evidenciada também nos processos judiciais em que estes figuram como réus. Por meio das análises processuais evidenciou-se incapacidade de tais sujeitos utilizarem os mecanismos legais de defesa, como a defesa técnica realizada por advogado ou mesmo o acesso aos recursos.

À medida que a lei se apresenta como “geral e abstrata”, “igual para todos”, promove efeitos mais gravosos sobre aqueles que não possuem os acessos e as redes de relacionamento eficazes para se defenderem. Nesse sentido, a lei funciona como um elemento de poder e, como

tal, em lugar de promover o tratamento equânime entre os diversos grupos sociais, amplia e reforça o histórico de exclusão, já existente nas esferas social e econômica.

A exclusão social e econômica que marca a história da sociedade brasileira se reflete no campo jurídico, pois os grupos social e economicamente mais fortes encontram mais facilidade para se adequarem às exigências legais e, assim, escaparem das punições, enquanto os grupos mais vulneráveis enfrentam maiores dificuldades tanto para cumprir as obrigações legais, quanto para se defenderem das acusações e mostrarem suas limitações.

Apesar de a lei e o próprio judiciário reconhecerem a condição de vulnerabilidade do agricultor, não existem medidas no sentido de corrigir o desnível, como a estruturação de órgãos (inclusive voluntários) que possam prestar assistência e oferecer apoio para viabilizar a defesa dos agricultores ou torná-la mais eficiente. Assim, as garantias constitucionais e legais, como o acesso aos recursos ou o direito de ser tratado com dignidade ou de receber uma pena proporcional à gravidade da conduta praticada, acabam ficando apenas no papel.

201

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. (Coleção Memória e Sociedade).

DOLZANY, Marcelo. *A comunicação e o acesso à Justiça*. R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 13-19, jul./set. 2003.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GOMES, David F. L.; JESSÉ SOUZA, BRASIL E MODERNIDADE. *Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito /UFRGS*, Porto Alegre, Vol. 14, n. 2.p. 234-265, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Agropecuário 2006*. Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/agropecuaria/censoagro/>>. Acesso em: jul. 2013.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 11.ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. (Coleção Primeiros Passos, 62).

NAVARRO, Zander. *Desenvolvimento rural No Brasil: os limites do passado e os caminhos do futuro*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 15, n. 43, p. 83-100, 2001.



NAVARRO, Zander; PEDROSO, Maria Theresa M. *A agricultura familiar no Brasil: da promessa inicial aos impasses*. Rev. Econ. NE, Fortaleza, v. 45, suplemento especial, p. 7-20, out./dez., 2014.

OLIVEIRA, Guilherme de Castro; FERNANDES FILHO, Elpídio Inácio. Metodologia para delimitação de APPs em topos de morros segundo o novo Código Florestal brasileiro utilizando sistemas de informação geográfica. *Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto (SBSR)*, 16. Foz do Iguaçu (PR). 2013. ANAIS... [online]. São José dos Campos (SP): INPE, 2013, páginas 4443-4450. Disponível em: <<http://www.dsr.inpe.br/sbsr2013/files/p0938.pdf>> Acesso em: mar. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-33, jan./dez. 2007.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte (MG): Editora da UFMG, 2006.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

WOORTMANN, Klaas. “Com parente não se neguceia” – o campesinato como ordem moral. *Anuário Antropológico*, 87, p.11-73, Editora Universidade de Brasília/Tempo Brasileiro, 1990.

202

Submissão: 15/06/2020

Aceito para Publicação: 17/12/2020



JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: CONTRIBUIÇÃO AO REFINAMENTO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES

*RESTORATIVE JUSTICE AND DOMESTIC VIOLENCE:
CONTRIBUTION TO REFINE PROCEDURAL GUARANTIES TO PROTECT WOMEN*

Thiago Pierobom de Ávila*

RESUMO: Diversas propostas de aplicação de Justiça Restaurativa em contexto de violência doméstica contra as mulheres estão sendo realizadas no Brasil e estimuladas pelo CNJ. Este trabalho apresenta estudo exploratório de seis tipos de das experiências nacionais ditas restaurativas, identificadas mediante entrevistas a membros da Comissão nacional de promotores de justiça de violência doméstica contra a mulher (COPEVID), seguida de análise crítica da viabilidade deste paradigma, mediante uma revisão teórica da literatura especializada. Sustenta-se que a realização de tais práticas restaurativas sem compreensão das relações de poder subjacentes constitui um grave perigo de revitimização às mulheres e uma violação da principiologia protetiva da Lei Maria da Penha, diante da cultura brasileira profundamente sexista. Conclui-se que, ainda que seja possível, do ponto de vista teórico, construir um modelo de justiça restaurativa próprio ao contexto de violência doméstica, com garantias de proteção às mulheres, o risco de revitimização nas práticas jurídica brasileira é extremamente elevado, pela não superação da centralidade da reconciliação familiar e a persistência da invisibilidade da violência psicológica, o que torna o modelo politicamente não conveniente no presente momento. Conclui-se que as diretrizes delineadas pela Lei Maria da Penha já incorporam intervenções sobre a dinâmica do conflito, como os programas psicossociais aos envolvidos na situação de violência e intervenções preventivas de segurança pública. O artigo propõe garantias mínimas de proteção às mulheres para eventuais experiências piloto de resolução consensual de conflitos cíveis incidentais à persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica. Mulher. Justiça restaurativa. Revitimização. Garantias de proteção.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O paradigma de responsabilização do autor da violência previsto na lei maria da penha. 2 O paradigma restaurativo. 3 Experiências de justiça restaurativa em contexto de violência doméstica em outros países. 4 As propostas brasileiras de “justiça restaurativa” em contexto de violência de gênero. 5 Análise crítica dos riscos da proposta restaurativa no contexto de violência de gênero. Conclusão. Referências.

ABSTRACT: There are currently in Brazil many proposals to apply restorative justice in context of domestic violence against women, fostered by the National Council of the Judiciary. This paper analyses presents an exploratory study of six types of national experiences, identified through surveys to members of the National commission of prosecutors of domestic violence against women (COPEVID), with a critic analysis of this paradigm, according to specialized literature. It argues that promoting restorative practices without consideration of underlying power relations is a serious risk of revictimization of women, and a violation of the protective directive of the Maria da Penha Law, due the deeply sexist Brazilian culture. It concludes that, even if it is possible, from a theoretical perspective, to build an specific restorative justice model to domestic violence, with guaranties to protect women, the revictimization risk in the Brazilian legal practice is extremely high, due the persistence of a familial reconciliation mentality and the invisibility of coercive control. It makes this model politically not convenient at this stage. It also argues the Maria da Penha Law guidelines already previews interventions on the dynamics of the conflict, as psychosocial programs to women and men in situation of violence and prevention policies. It supports minimal guaranties to protect women on pilot experiments on conciliation of civil conflicts incidental to the criminal prosecution.

KEYWORDS: Domestic violence. Woman. Restorative justice. Revictimization. Protection guaranties.

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, em Portugal. Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Monash (Austrália), Professor Associado do programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, no Brasil. Investigador associado do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa, em Portugal. Research fellow do Monash Gender and Family Violence Prevention Centre, na Austrália. Promotor de Justiça do MPDFT, no Distrito Federal, no Brasil

INTRODUÇÃO

O CNJ tem estimulado a criação pelos Tribunais de Justiça de programas de Justiça Restaurativa para o combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres – VDFCM (CNJ, 2017). Esse movimento ocorre no âmbito de outras iniciativas de fomento do uso da Justiça Restaurativa como forma de solução de conflitos, que, ao menos desde 2014, estavam já sendo aplicadas no contexto de VDFCM (CNJ, 2016), e se fortaleceram com a edição da Resolução n. 225/2016 – CNJ. Posteriormente, pesquisa fomentada pelo CNJ propôs “inaugurar um debate nacional qualificado sobre a aplicabilidade da justiça restaurativa a casos de violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil” (MELLO et al., 2018, p. 258). Todavia, pesquisas têm documentado uma grande disparidade na aplicação da Lei Maria da Penha, com juízes resistentes, moderados e outros engajados (CNJ; IPEA, 2019). Assim, este movimento de justiça restaurativa, quando apropriado por profissionais não engajados com as diretrizes protetivas da lei, possui o risco de promover novas formas de violência institucional às mulheres.

A própria indefinição do que seria uma intervenção de “justiça restaurativa” é um empecilho à avaliação da efetividade dessas práticas. Pesquisa realizada pelo CNJ documentou que ao menos sete magistrados brasileiros já teriam aplicado práticas de justiça restaurativa, com relatos de práticas muito distintas, desde marcar “uma audiência de justificação pra gente conversar”, “círculos restaurativos” envolvendo as partes, familiares e líderes comunitários, até mesmo intervenções psicossociais de fortalecimento ou constelações familiares (MELLO et al., 2018, p. 158 e 244).

O presente trabalho possui o objetivo de apresentar estudo exploratório sobre a diversidade de experiências nacionais no tema da justiça restaurativa em contexto de VDFCM, seguido de uma discussão crítica, à luz da literatura internacional especializada (NOVA ZELÂNDIA, 2004; FREITAS, 2011; HAYDEN, 2012; DROST, 2015; LÜNNEMANN; WOLTHUIS, 2015; DALY, 2016; RCFV, 2016; MARTÍNEZ, 2017; MILLER; IOVANNI, 2013), sobre quais deveriam ser as garantias processuais para se evitar a revitimização às mulheres no curso dessas práticas. As experiências nacionais foram identificadas a partir de entrevista semiestruturada, realizada por ligações telefônicas e/ou contatos por mensagens escritas, realizadas em novembro de 2018, a 27 Promotores de Justiça integrantes da comissão nacional de Promotores de Justiça especializados na violência doméstica contra as mulheres

(COPEVID). Buscou-se informações sobre a existência de projetos de justiça restaurativa em contexto de VDFCM nas capitais dos Estados e quais seriam seus aspectos práticos mais relevantes.

A partir das informações recolhidas sobre a existência de projetos, aprofundou a análise com notícias de imprensa, informações constantes de sítios de internet oficiais e revisão bibliográfica nacional disponível. Identificou-se seis tipos de experiências que são denominadas como restaurativas: círculos restaurativos (em sentido estrito), sessões de mediação, constelações familiares, projetos de *coaching*, audiências de fortalecimento, e encaminhamentos a acompanhamentos psicossociais. Este artigo não objetiva exaurir a análise da diversidade das experiências nacionais, mas proporcionar, a partir do estudo exploratório desses casos, uma primeira visão sobre ausência de uniformidade teórica das experiências, os riscos de revitimização e refletir sobre quais seriam as necessárias garantias de proteção nestas experiências.

O artigo apresentará um panorama do paradigma político-criminal que justificou a edição da Lei Maria da Penha, do paradigma da justiça restaurativa em geral, com seus potenciais e riscos, seguido da exposição de algumas experiências estrangeiras de justiça restaurativa em contexto de violência doméstica contra as mulheres. Finalmente, serão expostas as 6 espécies de experiências nacionais identificadas, seguindo-se análise crítica das necessárias garantias de controle contra a revitimização nestas experiências. Espera-se colaborar com a análise do potencial de efetividade e dos limites intrínsecos de experiências de justiça restaurativa em contexto de VDFCM, bem como na construção de garantias de proteção para eventuais experiências piloto de conciliação de conflitos cíveis incidentais à persecução penal.

206

1 O PARADIGMA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AUTOR DA VIOLÊNCIA PREVISTO NA LEI MARIA DA PENHA

A violência contra as mulheres no Brasil possui dimensões epidêmicas. Segundo o FBSP e DataFolha (2019), 16 milhões das mulheres brasileiras com mais de 16 anos sofreram algum tipo de violência nos últimos 12 meses. A maioria dos feminicídios são considerados como “mortes evitáveis”, já que são antecedidos por sinais de violências anteriores que indicavam a previsibilidade do resultado potencialmente letal, o que se denomina como *ciclo da violência* (WALKER, 1979; BANDEIRA; THURLER, 2010).

A pesquisa nacional de cariz feminista tem documentado a brutalidade da violência contra as mulheres e a inaptidão dos mecanismos tradicionais do sistema de justiça de fazer frente ao fenômeno (v. BANDEIRA; THURLER, 2010; PASINATO, 2015; CAMPOS, 2015). Até 1995, a violência doméstica estava “dissolvida” na criminalidade geral, usualmente sendo alcançada pela prescrição num sistema de investigação lento e burocrático, o inquérito policial. Após a edição da Lei n. 9.099/1995, a violência doméstica passou para o sistema dos Juizados Especiais Criminais – JEC, marcado pela ideia de uma investigação sumária e de fomento à conciliação entre as partes, tendo a lesão corporal se tornado dependente da autorização da vítima para o processamento criminal.

O resultado deste sistema foi a ausência de respostas imediatas de proteção e a indução da mulher à retratação da representação, tida como sinônimo de pacificação social (CAMPOS, 2015). Quando eventualmente a mulher superava a indução à retratação e solicitava o prosseguimento do processo, havia a aplicação de transação penal, com imposição de pena de pagamento de cestas básicas ou de prestação de serviços, gerando forte sensação de banalização da resposta penal. A incorporação da perspectiva de gênero permitiu compreender que estas retratações ou aparentes conciliações eram induzidas pelas relações de poder simbólicas derivadas das relações de gênero, que normalizam o controle e o recurso à violência pelos homens e culpabilizam as mulheres pela violência sofrida (BANDEIRA; THURLER, 2010).

Após a condenação do Estado Brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por ineficiência no enfrentamento à VDFCM, no caso Maria da Penha (COMISSÃO IDH, 2001), ganhou força o movimento político-feminista para a edição de uma lei específica. A Lei n. 11.340/2006, posteriormente batizada de Lei Maria da Penha, representa este movimento político de retirada dos casos de VDFCM do sistema de conciliações do JEC (CAMPOS, 2015). Ela deriva do amadurecimento de demandas de movimentos de mulheres e de tratados internacionais ratificados pelo Brasil (C.K. SILVA et al., 2016). A lei possui disposições relacionadas às políticas de prevenção, às medidas de proteção imediata, bem como mecanismos destinados a elevar a responsabilização do agressor, já que a impunidade sistêmica seria vista como aspecto relevante na invisibilidade política desta violência (PASINATO, 2015).

A Lei Maria da Penha parte da premissa que a violência contra as mulheres é fomentada por um sistema estrutural de discriminação nas diversas esferas da vida (art. 3º) que cria “papéis estereotipados” entre homens e mulheres que legitimam a violência (art. 8º, inciso III). Esta



discriminação estrutural derivada das relações de gênero pode ser denominada de “sexismo” (C.K. SILVA et al., 2016). A lei traz relevantes disposições para se evitar a revitimização das mulheres durante suas interações com as instituições de proteção (v.g., art. 10-A da Lei n. 11.340/2006). Há revitimização (ou vitimização secundária) quando as instituições encarregadas de proteção às mulheres replicam os estereótipos sexistas e produzem novas formas de sofrimentos, desconsiderando as necessidades de acolhimento humanizado ou devassando a privacidade da mulher.

Portanto, o paradigma da Lei Maria da Penha afasta-se do paradigma penal tradicional de mera atribuição de pena. Contra este modelo antigo, um segmento político-criminal vem há tempos levantando críticas, e uma de suas correntes corresponde à denominada justiça restaurativa. Vejamos.

2 O PARADIGMA RESTAURATIVO

Não há consenso teórico sobre o conceito de justiça restaurativa e quais seriam seus métodos de intervenção, tendo sua formulação recebido, a partir da década de 1960, contribuições de movimentos abolicionistas, defensores dos direitos das vítimas, movimentos feministas, práticas consuetudinárias indígenas e outros movimentos com concepções espiritualistas da justiça (v. FREITAS, 2011; TIVERON, 2014).

O paradigma restaurativo propõe uma “troca de lentes” (ZEHR, 2008) da perspectiva retributiva para uma perspectiva que propõe considerar os interesses das partes e a construção conjunta de soluções a seus problemas a partir de seus anseios. A perspectiva litigiosa do sistema tradicional de justiça é criticada por não atender às expectativas trazidas pelas vítimas, que normalmente não buscam a punição do agressor, mas que seus problemas sejam efetivamente resolvidos e a situação de violência seja encerrada (SLAKMON, 2005; SANTOS, 2011; FABENI, 2013; TIVERON, 2014; BAZO e PAULO, 2015). Usualmente, tais intervenções são focadas em encontros intermediados por facilitadores com treinamento específico em técnicas de restauração (círculos restaurativos ou mediação), com foco nos interesses das vítimas e da comunidade (HAYDE, 2011; DALY, 2016). Há relatos de experiências positivas de justiça restaurativa em contexto de crimes de menor potencial ofensivo e de atos infracionais de adolescentes (TIVERON, 2014), e experiências em conflitos escolares e nas relações de trabalho.



No campo da VDFCM, alguns defendem que a Justiça Restaurativa teria a vantagem de trazer melhores resultados que a aplicação da Lei Maria da Penha, na medida em que promoveria um fórum para a mulher ter espaço de fala e uma intervenção individualizada às suas necessidades no caso concreto, produzindo soluções práticas para problemas relacionados, por exemplo, a divisão de bens e visitas de filhos. Ou ainda, quando eventualmente as mulheres decidirem por se manter na relação, essa nova metodologia poderia fornecer ferramentas para fazer cessar as violências. Os defensores desse modelo igualmente propõem que essa abordagem pode proporcionar melhor compreensão e uma responsabilização mais sincera por parte do autor da violência (RCFV, 2016, p. 135).

Em alguns momentos tais “práticas” são apresentadas como solução aos problemas cíveis, na área de família (BREITMAN e STREY, 2006; THOMÉ et al., 2013), às situações de violência psicológica sem correspondência criminal (BAZO e PAULO, 2015) ou ainda como uma alternativa ao processo penal (SANTOS, 2011; GRANJEIRO, 2012; FABENI, 2013; PERTEL e KOHLING, 2013). Em outras situações ela ainda é apresentada não como substituto do processo criminal, mas como uma solução adicional (aparentemente seria a proposta de GIMENEZ, 2012 e MACHADO, 2017).

209

Por outro lado, críticos desse modelo indicam que o processo restaurativo pode ser manipulado pelo autor da violência, especialmente quando a mulher está em uma posição de vulnerabilidade decorrente da violência, diminuindo os avanços conquistados pela nova política de que a VDFCM não é mera questão privada e sim de interesse público, pois se trata de uma grave violação de direitos humanos (RCFV, 2016). A Justiça Restaurativa correria o risco de desconsiderar o denominado ciclo da violência doméstica (WALKER, 1979), que aprisiona as mulheres em relações marcadas pela violência. O foco na comunidade também poderia reforçar valores comunitários que respaldem a visão sexista e culpabilizem a mulher pela violência sofrida (FREITAS, 2011; MILLER e IOVANNI, 2013).

Nessa perspectiva, um uso inadequado da Justiça Restaurativa significaria a reprivatização da violência, em um contexto de evidente desigualdade de poder entre agressor e vítima, o que acabaria por cancelar novas formas de violências contra as mulheres. Contextos nos quais interagem marcadores de discriminação, como raça, classe social, deficiência, idade e outros, poderiam agravar ainda mais esse risco de revitimização, atuando a justiça restaurativa como um possível fator de reforço de tais marcadores de exclusão.

Com efeito, algumas críticas têm sido apresentadas sobre as limitações de uma aplicação isolada do direito penal para a perspectiva de proteção das mulheres. Pesquisa do Data Popular (2013) documentou que metade da população brasileira considera que a forma como a justiça pune não reduz a violência contra as mulheres. Quando as mulheres sofrem a violência, 52% não toma nenhuma providência (FBSP; DATAFOLHA, 2019), indicando aparente falta de confiança das mulheres no funcionamento do sistema de justiça. A maioria das mulheres que acionam o sistema de justiça buscam sua proteção e não a punição do agressor (MELLO et al., 2018).

Em Salvador, pesquisa documentou que a aplicação tradicional do direito penal sem o envolvimento das mulheres na construção da solução pode ensejar a incompreensão por estas da intervenção processual e fazer com que elas não se sintam protagonistas na solução de seus problemas (S.M. SILVA et al., 2016). Há especificidades no conflito doméstico e a aplicação pura e isolada do direito penal seria insuficiente para solucionar (VASCONCELLOS, 2015). Documentos internacionais têm apontado que a resposta judicial deveria considerar não apenas a necessidade de punição, mas igualmente a relevância da proteção à vítima e à reparação pelo crime sofrido, considerando-se as expectativas de reparação das vítimas dos crimes (v. ONU MULHERES e OHCHR, 2014, p. 113; CORTE IADH, 2009, §450).

210

3 EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM OUTROS PAÍSES

De forma geral, há grande receio em se realizar experiências de justiça restaurativa em contexto de VDFCM. Há experiências incipientes, sempre com preocupação nos mecanismos para se contornar a desigualdade na relação de poder.

Em Portugal, o art. 39 da Lei n. 112/2009 (Lei de Violência Doméstica de Portugal), que originalmente previa a possibilidade de encontros restaurativos, foi expressamente revogado pela posterior Lei n. 129/2015, pelo reconhecimento da inadequação de tais procedimentos ao contexto de VDFCM (ao menos naquele determinado momento histórico). Analisando o tema em Portugal, Marques (2008, p. 13) argumenta que a gravidade do problema da violência doméstica nas terras lusas, o débil conhecimento sobre a Justiça Restaurativa, aliado à pouca prática dos mediadores são aspectos que não recomendariam a utilização da Justiça Restaurativa em contextos de VDFCM. O risco, em termos práticos, de se corromper os

princípios da Justiça Restaurativa no contexto de VDFCM são tão consideráveis, que a precaução recomendaria sua não utilização.

Da mesma forma, na França, a mediação em contexto de VDFCM é vista como um instrumento residual e excepcional, com diretrizes específicas do Ministério da Justiça de hipóteses em que não é recomendável sua realização. Conferir (ÁVILA, 2014, p. 230):

Assim, ela não é considerada válida quando: (I) o agressor possui periculosidade agravada (reiteração, gravidade dos fatos, vítima em estado de desestrutura); (II) se o agressor nega totalmente sua responsabilidade ou não está disposto a engajar-se em um trabalho de responsabilização e reflexão sobre seu comportamento; (III) vítima ou agressor se recusam a participar da mediação; (IV) agressor possui alguma patologia; (V) há processo de divórcio em curso. É possível realizar a mediação penal apenas para fatos isolados e de gravidade mediana, quando agressor e vítima desejam continuar mantendo relação conjugal, de união estável ou para casais separados com filhos que desejem manter uma relação parental amigável [...]. Assim, “o recurso a essa alternativa à perseguição deve ser sempre residual, mesmo excepcional, e não deve servir de suporte a uma responsabilização psicológica do investigado” [...].

Pesquisa realizada por Freitas (2011), relacionada à aplicação de círculos de justiça restaurativa em contexto de comunidades indígenas no Canadá e Austrália, documentou que a intersecção de marcadores de discriminação, como gênero e raça, cria ambientes socioculturais que podem silenciar ainda mais mulheres pertencentes a grupos minoritários. Freitas conclui que tal desempoderamento interseccional gera o grave risco de reforçar a alienação, exclusão e silenciamento das histórias das mulheres submetidas à violência. O risco desta revitimização exigiria a criação de garantias especiais, destinadas a neutralizar os riscos.

Na Nova Zelândia, um dos berços das práticas restaurativas de inspiração indígena (Maori), há recomendação do Ministério da Justiça de que casos de violência familiar e sexual “nem sempre serão apropriados” para intervenções restaurativas (NOVA ZELÂNDIA, 2011). Na prática, apenas ocasionalmente tais casos são lidados em contexto restaurativo (HAYDEN, 2011).

Nessa linha, a Recomendação n. 33/2015 do Comitê CEDAW, da ONU, sobre o direito de acesso à justiça pelas mulheres, ao argumentar sobre os métodos alternativos de resolução de disputas, considera que (CEDAW, 2015, item 58.c):

[A]o mesmo tempo que esses processos podem proporcionar maior flexibilidade e reduzir os custos e atrasos para mulheres que buscam justiça, também podem levar a outras violações de seus direitos e impunidade para perpetradores, na medida em que geralmente operam com base em valores patriarcais, tendo assim um impacto negativo sobre o acesso das mulheres à revisão e remédios judiciais. [Pelo que se recomenda

que] assegurem que casos de violência contra as mulheres, incluindo violência doméstica, sob nenhuma circunstância sejam encaminhados para qualquer procedimento alternativo de resolução de disputas.

A posterior Recomendação n. 35 deste Comitê (CEDAW, 2017, item 32.b) relativizou esta proscrição absoluta de métodos alternativos, ao estabelecer a recomendação para:

Garantir que a violência de gênero contra as mulheres não seja obrigatoriamente encaminhada a procedimentos alternativos de resolução de litígios, incluindo mediação e conciliação. O uso desses procedimentos deve ser rigorosamente regulado e permitido apenas quando avaliação prévia de uma equipe especializada assegurar o consentimento livre e esclarecido da vítima/da sobrevivente afetada e que não há indicadores de novos riscos para a vítima/a sobrevivente ou seus familiares. Esses procedimentos devem empoderar as vítimas/as sobreviventes e ser oferecidos por profissionais treinados especialmente para compreender e intervir adequadamente nos casos de violência de gênero contra as mulheres, garantindo proteção adequada dos direitos das mulheres e das crianças, bem como intervenção sem estereótipos ou revitimização das mulheres. Procedimentos alternativos não devem constituir obstáculo ao acesso das mulheres à Justiça formal.

Por outro lado, Miller e Iovanni (2013), analisando as experiências estadunidenses, argumentam que a aplicação da justiça restaurativa no curso da execução penal seria mais benéfica do que como um mecanismo de “diversão” da resposta processual tradicional, em razão do maior tempo entre a violência e a intervenção, assegurando-se que as vítimas estejam prontas para participar e que os autores da violência tenham tempo para desenvolver empatia e aceitar sua responsabilidade.

Pesquisa de Drost et al. (2015) documentou que Áustria, Finlândia, Dinamarca e Holanda, possuem práticas de justiça restaurativa específica para violência doméstica, com regras próprias em seus códigos e algumas metodologias inovadoras. Por exemplo, na Áustria, há dois mediadores (um homem e uma mulher) e cada um dialoga separadamente com uma das partes e depois dialogam entre si, de forma que as partes não terão contato direto entre si, mas com o mediador que ouviu a outra parte.

Na Austrália, uma comissão parlamentar reconheceu a possibilidade de se criar um modelo próprio de justiça restaurativa em contexto de VDFCM, com diversas recomendações de cautelas para a não revitimização (RCFV, 2016).

Na mesma linha, Martínez (2017) analisa experiências europeias de círculos de apoio e de responsabilização em casos de violência sexual intrafamiliar, concluindo que é possível a criação de experiências restaurativas neste tipo de violência, desde que criadas garantias e cautelas especiais relacionadas aos objetivos do programa e suas modalidades de reparação, a



adequação do encaminhamento de casos ao programa, sobre a preparação do processo restaurador e a capacitação da equipe mediadora.

4 AS PROPOSTAS BRASILEIRAS DE “JUSTIÇA RESTAURATIVA” EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

As considerações anteriores sobre os sistemas estrangeiros são indicativas de que, em tese, seria possível construir um modelo residual de Justiça Restaurativa centrado no atendimento das necessidades das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, desde que criadas diversas garantias especiais de proteção. Todavia, estas garantias de proteção já estão sinalizadas na Lei Maria da Penha, especialmente quando indica a necessidade de “integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação” (Lei n. 11.340/2006, art. 8º, inciso I).

O presente estudo exploratório sobre as experiências brasileiras relacionadas à implementação de projetos pilotos de Justiça Restaurativa indica dois problemas: a ausência de uniformidade metodológica sobre o que seria efetivamente a Justiça Restaurativa e a ausência de apresentação de protocolos claros quanto à incorporação da perspectiva de gênero, enquanto garantia contra a não prática de atos de revitimização institucional.

Apesar de a literatura internacional indicar a intervenção restaurativa associada aos encontros entre autor da violência e vítima (DALY, 2016), podemos identificar na experiência brasileira seis tipos de práticas usualmente vistas como restaurativas em contexto de VDFCM: círculos restaurativos, sessões de mediação, constelações familiares, projetos de *coaching*, audiências de fortalecimento, e encaminhamentos a acompanhamentos psicossociais.

No 1º Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher de Porto Alegre, há aplicação pioneira da técnica dos “círculos restaurativos” em contexto de VDFCM, como método de solução para conflitos de família que potencializem a violência, como solução de questões de guarda, visita, ou incentivo do círculo familiar do agressor para seu tratamento de desintoxicação. Esta metodologia é a que mais se aproxima da raiz da experiência dita restaurativa, na visão de Zehr (2008). Todavia, a abordagem em análise articularia tais práticas restaurativas com a intervenção de redes de proteção, envolvendo intervenções psicossociais



para agressor e vítima, não excluiria o processo criminal e exigiria prévia capacitação em relações de gênero (MACHADO, 2017).

Em alguns casos há sessões psicoterápicas separadas entre homem e mulher, e apenas ao final, se avaliada a viabilidade, haveria algum encontro presencial entre ambos para solução de aspectos específicos decorrentes da violência. Ali, as práticas restaurativas seriam aplicadas apenas a um pequeno número de casos que fossem avaliados como aptos a essa modalidade de intervenção (menos de 1%), não indiscriminadamente. Por essa proposta, a justiça restaurativa seria mais uma opção de solução e não a principal solução à VDFCM. Todavia, a proposta não esclarece quais seriam os critérios de aferição da admissibilidade do encaminhamento do caso ao projeto, o que diminui sua capacidade de ser replicada sem os riscos de revitimização.

Thomé et al. (2013) narram experiência de sessões de mediação realizadas na Vara de Violência Doméstica de Porto Alegre. As autoras indicam que as partes são encaminhadas a uma audiência incidental às medidas protetivas de urgência, onde podem, se desejarem, ser encaminhadas a uma sessão de mediação, aparentemente para realizar acordos em temas na área de família, ou para discutirem temas da relação, para “pensarem algo do passado, escutar algo não escutado, dizer algo não dito, para estabelecer um contexto no qual possam ser consideradas novas perspectivas, ressignificação e reformulação da interação” (THOMÉ et al., 2013, p. 271). Fica implícito que em casos de ameaça ou injúria o resultado desta audiência poderá ensejar a retratação da representação.

Uma das falhas possíveis deste modelo é a ausência de assistência jurídica à mulher em situação de violência. Nesse sentido, afirmam Thomé et al. (2013, p. 271): “Para a audiência são intimados a vítima e o agressor que podem ou não vir acompanhados de advogado, uma vez que não é exigida pela Lei Maria da Penha a presença de advogado ou defensor na audiência”. Essa prática parece violar frontalmente o disposto no art. 27 da Lei n. 11.340/2006, que exige sempre a presença de advogado à mulher, como uma verdadeira garantia legal para a manifestação de vontade livre e esclarecida, atuando a assessoria jurídica como mecanismo legal necessário à efetiva compreensão das opções processuais da mulher.

Agravam-se as preocupações quando se considera que na maioria dos juízos especializados não há órgão especializado da Defensoria Pública para a assistência jurídica à mulher. Pesquisa do CNJ (MELLO et al., 2018) documentou que as mulheres usualmente não recebem assistência da Defensoria Pública, não compreendem o funcionamento do sistema de justiça e não sabem de suas opções de encaminhamento do processo, o que gera angústia e



eventualmente aumenta sua sensação de risco. Muitos profissionais que trabalham diariamente com a aplicação da Lei Maria da Penha, passados mais de dez anos da sua vigência, ainda não participaram de ações de capacitação (e sensibilização) sobre a lei.

Outra prática usualmente nominada no Brasil como “restaurativa” são as constelações familiares, também denominadas de “direito sistêmico”. Em Brasília, o 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar encaminha periodicamente vítimas para estas sessões, quando se entende que há um “perfil” para uma sessão única de “constelação”, destinada a refletir sobre as relações de família (sem protocolos de seguimento dos casos)¹. Também há notícias destas constelações na vara especializada de Cuiabá (J.H. CAMPOS, 2017). Estas constelações são apresentadas no guarda-chuvas das práticas ditas restaurativas (v. SANTOS e MACHADO, 2018).

Por esta teoria, construída por Bert Hellinger, haveria uma “consciência de grupo” herdada dos ancestrais (forças “morfogenéticas” invisíveis) que deve ser tratada em uma sessão de constelação (OLDONI et al., 2017; ALONSO, 2005). Hellinger afirma que há leis naturais nos sistemas, chamadas de “Ordens do Amor”, que abrangem a necessidade de pertencimento à família, o equilíbrio entre dar e receber e a necessidade de segurança derivada desta ordem (OLDONI et al., 2017, p. 36).

A metodologia das constelações se dá através de uma sessão de representação (encenação) dos integrantes da família do participante por pessoas desconhecidas presentes na sessão, de forma a se fomentar a reconciliação com os integrantes de seu grupo (sistema). Segundo a teoria, “se a pessoa coloca a sua ‘família’ com toda autenticidade, os representantes passam a sentir e a pensar de modo muito preciso com o dos membros verdadeiros” (OLDONI et al., 2017, p. 32), ao que acrescenta Hellinger que “aos céticos, custa acreditar que uma pessoa investida no papel de alguém possa sentir na própria carne o que ele padece, aquilo de que precisa e o que pode ajudar” (OLDONI et al., 2017, p. 34). Eventualmente as perspectivas místicas ficam mais explícitas em teorias de transmissão genética de sentimentos. O próprio Hellinger fala em harmonização de “campos espirituais” (OLDONI et al., 2017, p. 126).

O grande problema desta teoria das constelações é que as “leis naturais” ou “Ordens do Amor” são pressupostas sem uma crítica sobre as relações de poder derivada da estrutura sexista, o que pode reforçar a ideia de que a mulher precisa pertencer àquela relação íntima de afeto e que deve cumprir a “ordem natural” das relações de gênero. Segundo Oldoni et al. (2017,

¹ Este autor assistiu a uma das sessões de constelação familiar promovidas pelo TJDFT.



p. 75), “para o direito sistêmico, caso as tradições, costumes, padrões, modelos de papéis femininos e masculinos que cada um dos cônjuges traz de suas famílias de origem gerem dificuldades no relacionamento conjugal, devem ser colocados de lado em prol da consciência familiar”. Apesar de se trabalhar com a possibilidade de separação, há uma certa tendência à reconciliação afetiva, pois “aquele que rompe o relacionamento não deve ser recompensado com a guarda dos filhos” (OLDONI et al., 2017, p. 84). A teoria das constelações trabalha com a perspectiva de que a punição não é uma solução à violência, devendo-se trabalhar com o perdão pela vítima para a reconstrução das relações.

Tais técnicas de psicodrama, temperadas por perspectivas aparentemente místicas de análise transgeracional das energias ancestrais inscritas no DNA (ALONSO, 2005), realizadas fora do quadro terapêutico profissional, trazem especial preocupação, seja pela falta de validação de tais metodologias pelos órgãos de classe (Conselho Federal de Psicologia), seja pelo potencial destrutivo de um psicodrama malconduzido à saúde psicológica da mulher, especialmente pela falta de intervenção psicossocial de acompanhamento após a intervenção. A falta de incorporação da perspectiva de gênero, aliada à visão de que “a ordem da família deve ser respeitada”, pode eventualmente reafirmar estereótipos de gênero e dificultar o trajeto da mulher para sair da situação de violência. Segundo Santos e Machado (2018, p. 253), “trata-se de uma prática reacionária que visa manter a estrutura da família patriarcal”. Há ainda uma possível problematização das constelações enquanto política judiciária à luz do Estado Laico. Outras estratégias de intervenção “restaurativa” envolvem projetos de *coaching* de mulheres (JORNAL DFÁGUASCLARAS, 2017), ou acompanhamentos vinculados a instituições religiosas, sem necessariamente uma perspectiva de gênero. Muitas vezes os encaminhamentos são feitos em casos de ameaça e geram o arquivamento do processo². Pesquisas têm documentado discursos fortemente religiosos por magistrados de Juizados Especializados na VDFCM, fundamentados na “manutenção da paz conjugal” (GRANJEIRO, 2012, p. 107).

Ainda há notícia, no Brasil, da chamada “audiência de fortalecimento”, que seria uma audiência marcada no Juizado de Violência Doméstica de Belo Horizonte/MG, na qual a vítima seria colocada face a face com o agressor e poderia falar a ele tudo o que ela desejasse sobre a violência sofrida, sem que o agressor possa rebater as alegações, sendo “reprendido e obrigado a ficar calado, apenas ouvindo” (O TEMPO, 2017). Essas audiências teriam o objetivo de

² Informação obtida nas entrevistas com integrantes da COPEVID.



“fortalecer” a mulher com um espaço de fala e estariam associadas ao encaminhamento dos autores de violência a acompanhamento psicossocial de responsabilização. A dúvida que poderia ser levantada em relação a tal prática é quanto o limite ético de se submeter o autor da violência a um ritual de acusação em que ele não possa desenvolver um espaço de fala e o risco de eventual incompreensão ser redirecionada como futura retaliação à vítima. Outro problema seriam os mecanismos de proteção efetivamente oferecidos à mulher para evitar a reiteração de violência, após tal “desabafo”. Conforme ponderação de Hayden (2012), qualquer intervenção “restaurativa” deve considerar em primeiro plano a relevância da incorporação da proteção à mulher.

Em Natal/RN, o Juizado especializado de VDFCM lançou um projeto de justiça restaurativa denominado “Laços de Família”, o qual seria aplicado, segundo notícia constante da página oficial do TJRN, aos “processos de menor potencial ofensivo, como lesões leves e ameaças” (RIO GRANDE DO NORTE, 2017). A informação disponibilizada não esclarece a metodologia da intervenção, mas o nome é sugestivo de uma intervenção com viés de reconciliação familiar, e a utilização da expressão “menor potencial ofensivo”, típica do subsistema do JEC, reforça a percepção do enfoque conciliatório. O discurso subjacente à prática dilui a proteção à mulher na manutenção da unidade familiar e constitui, por si só, um grave retrocesso na luta pela visibilidade política e jurídica da VDFCM. Mello et al. (2018, p. 159) indicam a percepção de muitos magistrados de que “uma boa conversa de um juiz resolve”, associando esses diálogos em audiência com práticas restaurativas.

Por outro lado, alguns relatos brasileiros de suposta aplicação de “justiça restaurativa” são, em verdade, programas de múltiplos encontros individuais ou coletivos para intervenções psicossociais com mulheres e homens, no sentido de fortalecer as mulheres para não aceitarem a violência, responsabilizarem os homens pela violência praticada e realizarem composições para a não reiteração da violência (GIMENEZ, 2012, p. 6082; GRANJEIRO, 2012, p. 139), paralelas e sem consequências sobre o andamento de eventual responsabilização criminal, o que em muito se aproxima da previsão da Lei Maria da Penha quanto às equipes de atendimento multidisciplinar (art. 30). Com efeito, se a ideia central da justiça restaurativa é criar um espaço de diálogo, os denominados “grupos reflexivos” parecem se encaixar nesta proposta, ainda que o diálogo seja usualmente entre homens que respondem a processos ou entre mulheres vítimas.



Há quem considere o encaminhamento a instituições de tratamento do uso abusivo de álcool ou drogas também como uma forma de intervenção “restaurativa” ou “terapêutica”³.

5 ANÁLISE CRÍTICA DOS RISCOS DA PROPOSTA RESTAURATIVA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Há um razoável consenso em nível internacional sobre o que funciona ou não para o enfrentamento à VDFCM, consistente numa resposta multiagência, integrando intervenções de fortalecimento e estratégias de segurança pública para as vítimas, com programas de responsabilização com agressores (HAYDEN, 2011). No Brasil, diversas pesquisas têm sinalizado o potencial deste modelo, mas igualmente documentado a não implementação destas políticas de proteção previstas na Lei Maria da Penha (PASINATO, 2015; CAMPOS, 2015; CNJ; IPEA, 2019). Pesquisas tem também sinalizado a efetividade de grupos reflexivos para homens a fim de problematizar e induzir alterações de comportamentos calcados numa masculinidade violenta, ainda que haja desafios quanto ao formato, metodologia, formação dos facilitadores e avaliação (NOTHAFT; BEIRAS, 2019).

As intervenções psicossociais separadas com mulheres e com os autores da agressão já estão previstas na Lei Maria da Penha (art. 30). Salvo melhor juízo, elas não deveriam ser reconduzidas ao conceito de justiça restaurativa e sim de uma abordagem orientada à resolução dos problemas da vítima, pois, a despeito da indefinição conceitual, sedimenta-se o entendimento de que a justiça restaurativa tem como núcleo conceitual as sessões de encontro entre o autor da agressão e a vítima (DALY, 2016).

Portanto, o ponto polêmico das propostas restaurativas consiste na sessão de encontro entre o autor da agressão e a vítima, que podem ter o objetivo de discutir a violência (buscando efeitos “terapêuticos”) ou de discutir a solução de problemas cíveis de família subjacentes ao conflito. Em termos práticos, a primeira abordagem ocorreria quando a mulher, apesar da violência, decide manter a relação e não se trata de caso de violência crônica, e a segunda abordagem quando o casal já está separado. Há ainda a polêmica sobre o efeito desta sessão em relação ao processo criminal.

³ Informação obtida nas entrevistas com integrantes da COPEVID.



Alguns sistemas exigem que o autor da violência tenha reconhecido a sua responsabilidade para que seja elegível ao processo restaurativo (MARTÍNEZ, 2017, p. 374). Este pressuposto seria essencial para prevenir a revitimização durante o encontro, evitando-se que o autor da violência apresente justificativas sexistas para seu comportamento violento. Todavia, pesquisas com grupos reflexivos com homens indicam que usualmente os participantes iniciam o programa negando a violência bem como se sentindo injustiçados e ao final poucos reconhecem categoricamente seu ato como uma violência, ainda que a maioria realize reflexões sobre a masculinidade violenta que são úteis à prevenção da reiteração de outros comportamentos violentos (NOTHAFT; BEIRAS, 2019). Portanto, este pressuposto do prévio reconhecimento da violência naturalmente afastaria a maioria dos casos de VDFCM da admissibilidade do processo restaurativo, já que a maior parte dos réus se sentem justificados em suas ações.

Ademais, o objetivo desta discussão, em contexto de VDFCM, não pode ser meramente o perdão ou a reconciliação, mas a reparação da violência e a proteção à mulher. Por este motivo, Daly (2016, p. 20) considera que a expressão “mecanismos inovadores de justiça” é mais adequada ao contexto de violência doméstica contra a mulher que justiça restaurativa, para não haver o risco de se confundir o objetivo da intervenção. Induzir à reconciliação casos crônicos de VDFCM pode representar o silenciamento da mulher para buscar nova ajuda em caso de reiteração da violência e pavimentar a rota ao feminicídio (MENDES, 2017). O objetivo deveria ser o autor da violência reconhecer a violência praticada, se comprometer com a não reiteração da violência e se fortalecer os mecanismos de autonomia e proteção da mulher, deixando-se sempre a porta aberta para eventual nova denúncia em caso de reiteração da violência. Verifica-se que este objetivo seria mais bem alcançado mediante a articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar (PASINATO, 2015), e não com uma sessão pontual de “diálogo restaurativo”.

Para casais separados, há especial importância de o Poder Judiciário ter procedimentos eficientes para solucionar os problemas das mulheres em sua raiz, especialmente de solucionar problemas de cíveis família que podem se constituir em pontos de atrito a fomentar futuros atos de violência, tais quais a guarda de filhos, regras de visitas, pensão alimentícia ou partilha de bens. É previsível que a construção desta solução exija ouvir as duas partes e levar em consideração os seus interesses no âmbito do processo decisório ou compositivo.

Todavia, mesmo no fomento à autocomposição no âmbito do direito de família, é essencial uma visão de gênero, para se reconhecer que há pressões sobre a mulher para aceitar determinadas proposições do autor da agressão, sendo essencial considerar-se o risco de novos atos de violência, especialmente quando se fomentam guardas compartilhadas em contexto de relações marcadas pela violência (v. SIMIONI, 2015). É relevante que haja um terceiro que coloque limites ao espaço decisório das partes quando um acordo é claramente mal conduzido, e que esse terceiro compreenda a microfísica do poder sexista que acaba colocando as mulheres em posição de desvantagem (BANDEIRA; THURLER, 2010). Muitas vezes, a mera obrigação de estar na sala de audiências com o autor da violência pode se tornar um fator estressor a macular a lisura do acordo.

A ordem das relações de gênero cria uma violência estrutural que culpabiliza a mulher pela violência sofrida, normaliza a violência masculina como aceitável, exige que a mulher esteja ao lado de um homem para poder ser feliz, coloca sobre a mulher a função de ser a responsável pela “unidade do lar”, cria condições mais difíceis às mulheres de terem autonomia financeira (diante dos salários mais baixos no mercado de trabalho), tudo isso a tornar sempre difícil romper uma relação violenta. A violência funciona como elemento central nessa estrutura de poder, tendo como finalidade não apenas ferir, mas especialmente demarcar poder e autoridade (BANDEIRA e THURLER, 2009). Quando uma mulher afirma que não deseja processar criminalmente o agressor, essa manifestação de vontade não pode ser desconectada de todo o aspecto histórico, cultural, social, econômico que molda a construção das vontades individuais. Uma efetiva solução de proteção deve ir além dessa manifestação de vontade em um momento pontual.

Vê-se nas experiências nacionais analisadas que a perspectiva de gênero não está expressamente indicada ou aparece de forma superficial e retórica, pois as garantias de proteção à mulher não estão explícitas. Indicar que é possível realizar “restauração de conflitos” em círculos de discussão entre autor da violência e vítima ou sessões de mediação sem se explicitar todos os possíveis riscos que um processo malconduzido poderia gerar para a revitimização da mulher e para a minimização da absoluta inadmissibilidade da tolerância à VDFCM é uma grave desconsideração da perspectiva de gênero que o Brasil se comprometeu a respeitar em tratados internacionais (v. C.K. SILVA et al., 2016). Esta proposta restaurativa de restituição às partes da solução da violência igualmente arrisca perder de vista o caráter estrutural e



sistêmico da violência de gênero e o potencial de transformação social da resposta judicial (SANTOS e MACHADO, 2018).

Foi por este motivo que a Lei Maria da Penha, em seu art. 41, expressamente retirou tais delitos do sistema de conciliações do JEC e considerou o crime de lesão corporal como sendo de ação penal pública incondicionada, tendo o STF já se manifestado pela constitucionalidade desse dispositivo (ADIn 4424 e ADC 19). A *mens legis* é evitar as sessões de mediação com consequências no arquivamento do processo criminal, que eram sinônimo de impunidade sistêmica e de revitimização. Muitos dos defensores da Justiça Restaurativa em contexto de VDFCM o fazem como uma crítica a esta decisão do STF. Nesse sentido, afirmam Pertel e Kohling (2013, p. 93) que a solução da violência doméstica deve “lançar, inclusive, um olhar de empatia em relação ao agressor, praticante de uma lesão corporal leve, que, diga-se de passagem, na maioria das vezes, não é um bandido que oferece perigo à sociedade [...]”.

Vê-se, portanto, que muitas das propostas restaurativas buscam “restabelecer os laços desfeitos pela agressão” (PERTEL e KOHLING, 2013, p. 98), o que pode ser extremamente perigoso em contexto de violência cíclica. O caráter endêmico da VDFCM no contexto brasileiro indica que este não é apenas um problema individual, na disponibilidade dos envolvidos, é um problema de ordem pública e representa uma grave violação de direitos humanos, pois cada ato reforça a tolerância das outras violações de direitos.

As críticas à Lei Maria da Penha, por supostamente ser uma lei punitivista, desconsideram a necessidade do uso do direito penal como uma das ferramentas à disposição para a afirmação de direitos humanos das mulheres, como expressão do dever estatal de proteção, guiado pela subsidiariedade e pelas garantias ao acusado (MENDES, 2016). Segundo Daly (2016), há que se superar a dicotomia entre justiça retributiva e restaurativa, perspectivando-se que a justiça restaurativa não é um tipo de justiça, mas um mecanismo de justiça dentre muitos outros, num guarda-chuva de iniciativas inovadoras de justiça, e que não deveriam desconsiderar a importância da responsabilização do autor da violência.

Ainda que haja espaço de discricionariedade à mulher para decidir processar ou não processar, nos casos de injúrias ou ameaças, a própria lei elegeu um limite à disponibilidade da mulher: as lesões corporais estão fora da esfera de disponibilidade, pois alcançam um nível de violação de direitos humanos em que o interesse social em sinalizar a absoluta inadmissibilidade desta forma cruel de subjugaçãõ feminina independe da vontade da mulher concreta que sofreu a lesão.



Há uma quantidade significativa de crimes de injúria e ameaça que são arquivados, nas audiências do art. 16 da Lei n. 11.340/2006, porque muitas vezes a mulher não enxerga a solução criminal como apta a resolver seus problemas. Ou porque, em inúmeras outras situações, esta mulher não recebeu o apoio da rede de serviços prevista na Lei Maria da Penha e nas políticas de atenção às mulheres em situação de violência (PASINATO, 2015).

Nesse contexto muito específico de tendência à retratação à representação em casos de ação penal condicionada diante da insatisfação pela vítima com a solução penal, uma proposta de solução alternativa poderia ser mais benéfica que simplesmente o arquivamento do processo sem nenhuma intervenção. Todavia, há que se pensar em qual seria a melhor resposta alternativa, pois ela não pode reproduzir a desigualdade e fomentar a normalização da violência. Assim, uma intervenção com programas prolongados de apoio psicossocial, com foco na superação da violência, parece mais adequada que apenas encontros entre agressor e vítima para discutir a relação.

Ademais, um dos grandes avanços na concretização da Lei Maria da Penha foi exatamente o de não tornar tais audiências de ratificação da retratação automáticas, mesmo quando a mulher previamente não se retratou da representação, o que acabaria se transformando numa possível “audiência de indução à retratação” (BRASIL e COPEVID, 2016, p. 46). Uma audiência obrigatória de ratificação da sua vontade poderia configurar uma nova barreira a ser vencida pela mulher. Deve-se ter especial atenção à efetiva capacidade de diálogo da mulher em razão da sua vulnerabilidade no caso concreto, ao risco de invisibilidade do controle coercitivo subjacente à violência psicológica e a necessidade de proteger de forma eficiente a mulher em situação de violência doméstica.

Analisando-se as experiências estrangeiras que procuram desenhar um novo modelo de justiça restaurativa em contexto de VDFCM, verifica-se que faltam nas experiências nacionais de justiça restaurativa um marco claro de garantias contra eventuais violações de direitos das mulheres. Podemos sintetizar as principais garantias de proteção como as seguintes (v. LÜNNEMANN e WOLTHUIS, 2015; DROST et al., 2015; RCFV, 2016, p. 145; MARTÍNEZ, 2017; MELLO et al., 2018):

- o processo restaurativo deveria ser uma opção adicional ao processo tradicional, e não um substituto ou pré-condição.
- o processo restaurativo apenas seria aplicável às vítimas que desejassem sua aplicação, e não indiscriminadamente a todas as vítimas.



- o processo restaurativo deveria exigir, igualmente, a concordância do autor da agressão para sua participação.
- a concordância da vítima na participação do processo restaurativo deveria ser necessariamente precedida de aconselhamento jurídico sobre as opções existentes, o que pressupõe a adequada estruturação de serviços de suporte jurídico às vítimas; essa manifestação de vontade da vítima não deveria ser obtida em um único ato processual, deveria haver um protocolo para preparar a vítima adequadamente, com o tempo necessário, para ela tomar essa decisão.
- seria essencial a capacitação em relações de gênero, de forma a não se endossar institucionalmente visões estereotipadas e sexistas de papéis, revitimizando as mulheres; essa perspectiva deveria considerar pré-requisitos de certificação dos profissionais, com carga horária e conteúdo suficiente para garantir a adequada à compreensão da complexidade da VDFCM.
- a construção do processo restaurativo deveria contar com a participação da comunidade; no contexto específico da VDFCM, esse processo não pode dispensar o diálogo com os movimentos de mulheres e com as especialistas acadêmicas em violência contra as mulheres.
- o ingresso no processo restaurativo deveria ser guiado por critérios de elegibilidade, como, por exemplo, níveis de agressão que tornem o processo não recomendável, ou ainda a necessidade de o facilitador constantemente avaliar a pertinência do processo e declinar seu prosseguimento por razões de segurança da vítima.
- deveriam ser criadas diretrizes específicas para o processo restaurativo em contexto de VDFCM, com garantias de proteção à vítima, que incluam, por exemplo, avaliação de risco e procedimentos de preparação individualizados às necessidades das vítimas; em geral, os encontros coletivos devem ser antecedidos por diversos encontros individuais de preparação e a eventual sessão de diálogo entre as partes; quando o objetivo for discutir a violência, deveria pressupor a prévia assunção de responsabilidade pelo autor da agressão.
- dever-se-ia avaliar o melhor momento de realização do processo restaurativo, levando-se em consideração a especial condição da mulher em situação de violência doméstica; essa perspectiva deve considerar que o processo restaurativo não seria aconselhável em momentos de vulnerabilidade emocional ou econômica da vítima.



- o processo restaurativo deveria estar associado com os serviços psicossociais de suporte às vítimas de VDFCM e de responsabilização dos autores de agressão, especialmente o necessário envolvimento de profissionais especializados nesses programas na construção da metodologia do processo restaurativo.
- deve-se considerar aspectos relacionados à diversidade das vítimas de VDFCM, como raça, classe social, idade, orientação sexual, identidade de gênero e aspectos socioculturais de comunidades específicas.
- os resultados possíveis do processo restaurativo deveriam estar previamente previstos, além de como o cumprimento de tais resultados seria efetivamente monitorado; o objetivo primordial não deve ser o perdão ou a reconciliação do casal, mas a reparação da violência e a promoção da proteção à mulher.
- eventuais acordos sobre temas cíveis entabulados ao longo do processo deveriam passar pelo escrutínio do mediador e do juiz, de forma a evitar que a desproporção de poderes induza a mulher a acordos que lhe sejam prejudiciais; portanto, o mediador não pode ser inerte, deve reequilibrar a relação de poder.
- deveria haver mecanismos de reclamação pelos participantes em relação ao processo restaurativo.
- eventual projeto piloto de Justiça Restaurativa em contexto de VDFCM deveria ter requisitos objetivos de avaliação da sua efetividade.

CONCLUSÃO

As propostas de “justiça restaurativa” não possuem uma uniformidade metodológica e confundem práticas já sedimentadas no enfrentamento à VDFCM (como intervenções psicossociais ou encaminhamentos para instituições de tratamento de problemas de saúde mental) com outras práticas ainda sem avaliação de efetividade a partir da pesquisa acadêmica que leve em consideração as relações de gênero. Nessa outra ala entram experiências como constelações familiares, *coaching* e intervenções de fundo religioso. Experiências como círculos restaurativos ou a mediação, que estão no centro do que tradicionalmente se denomina como justiça restaurativa, quando aplicadas sem protocolos de proteção, possuem o risco de reforçar papéis de gênero e induzir uma solução que toque apenas na superfície do problema.

Se o presente movimento do Poder Judiciário representa um despertar para a efetiva aplicação do art. 8º, inciso I, da Lei n. 11.340/2006, no sentido de se integrar os serviços especializados de proteção à mulher e de responsabilização dos autores da violência, com uma abordagem acolhedora de resolução efetiva dos problemas da mulher, não de forma pontual mas a médio e longo prazo, tudo considerando a complexidade das relações de gênero subjacentes ao conflito, nos termos da diretriz hermenêutica prevista no art. 4º da Lei Maria da Penha, então a iniciativa há de ser bem-vinda.

Todavia, a implementação da Justiça Restaurativa em contexto de VDFCM sem a devida compreensão da complexidade das relações de gênero, sem uma visão “vítimo-cêntrica”, não considerando o interesse público na responsabilização do agressor, sem fortes garantias de proteção à mulher, e construída de forma unilateral pelo Poder Judiciário sem diálogo com os movimentos de mulheres, grupos de pesquisa feministas e com os profissionais psicossociais especializados na temática de violência contra a mulher, certamente se constituirá em fonte de novas violências institucionais. Este tipo de intervenção “restaurativa” pode se tornar o primeiro passo para se sepultar a Lei Maria da Penha, com a reconstituição ilegal do sistema de conciliações outrora aplicado no JEC.

Pesquisas tem documentado que muitos atores e atrizes do sistema de justiça possuem resistências à aplicação da proteção integral prevista na lei, pois “não acreditam que o Judiciário tenha o papel de dispensar atenção especial às mulheres ou deva realizar ações próximas do que pode se chamar de ‘política pública’” (CNJ; IPEA, 2019, p. 158). Portanto, ainda que seja possível, do ponto de vista teórico, construir um modelo de justiça restaurativa que leve em consideração as necessidades de proteção às mulheres, a atual cultura jurídica brasileira de resistências à Lei Maria da Penha, de invisibilidade à violência psicológica e de centralidade no fomento à reconciliação familiar gera riscos de revitimização tão elevados que, do ponto de vista político, é preferível o investimento na estruturação de modelos de intervenção já sedimentados e validados, previstos na Lei Maria da Penha, como as intervenções psicossociais com mulheres e autores de violência, intervenções de autonomia econômica à mulher e estratégias de segurança pública para casos graves (como as Patrulhas Maria da Penha e os dispositivos de celular de emergência).

O caráter fluído do que seria a “Justiça Restaurativa” e a identificação da ausência de uma perspectiva de gênero em muitas das propostas em curso no Brasil é um grave problema. O estímulo do CNJ para se “restaurar”, sem indicar as cautelas, associado a uma cultura que



ordinariamente culpabiliza a mulher e fomenta a unidade familiar, certamente trará como resultados a violação de direitos. Parafraseando Zehr (2008), se é necessário trocar as lentes, as primeiras lentes a serem colocadas, no campo do enfrentamento à VDFCM, são as “lentes de gênero”.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Yolanda. Las constelaciones familiares de Bert Hellinger: un procedimiento psicoterapéutico en busca de identidad. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, v. 5, n. 1, p. 83-94, 2005.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. França. In: Idem (Org.). *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero: experiências e representações sociais*. Brasília: ESMPU, 2014, p. 203-299.

BANDEIRA, Lourdes Maria; THURLER, Ana Liési. A vulnerabilidade da mulher à violência doméstica: aspectos históricos e sociológicos. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Orgs.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159-167.

BAZO, Andressa Loli; PAULO, Alexandre Ribas de. Da aplicabilidade da justiça restaurativa à violência moral em função do gênero. *Cadernos do PPGDir./UFRS*, v. 10, n. 1, p. 190-210, 2015.

BRASIL (Secretaria de Políticas para as Mulheres e Secretaria Nacional de Segurança Pública); COPEVID. *Diretrizes nacionais de investigação criminal com perspectiva de gênero*. Madri: Eurosocial, 2016.

BREITMAN, Stella Galbinski; STREY, Marlene Neves. Gênero e mediação familiar: uma interface teórica. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 36, p. 53-70, 2006. CAMPOS, Carmen Hein de. Desafios na implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, Sao Paulo, v. 11, n. 2, p. 391-406, 2015.

CAMPOS, Jamilson Haddad. A constelação familiar como forma de aplicação do direito sistêmico às vítimas na 1ª Vara especializada de violência doméstica contra a mulher de Cuiabá/MT. In: ALVES, Cornélio; MARQUES, Deyvis de Oliveira (Orgs.). *Leituras de direito: violência doméstica contra a mulher*. Natal: TJRN, 2017, p. 33-46.

CEDAW. *Recomendação Geral n. 33*. 2015.

CEDAW. *Recomendação Geral n. 35*. 2017.



CNJ. *Carmen Lúcia: “Justiça restaurativa pela paz em casa”*. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/carmen-lucia-justica-restaurativa-pela-paz-em-casa>>. Acesso em: 20 maio 2020.

CNJ. *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016.

CNJ; IPEA. *O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres*. Brasília: CNJ, 2019.

COMISSÃO IDH. *Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Relatório n. 51/2001, Petição n. 12.051, 4 abril 2001.

CORTE IADH. *Caso Gonzalez e outros vs. México*. Série C, n. 205, 2009.

DALY, Kathleen. What is Restorative Justice? Fresh Answers to a Vexed Question. *Victims & Offenders*, v. 11, p. 9-29, 2016.

DATA POPULAR. *Percepção da sociedade sobre a violência e assassinatos de mulheres*. 2013. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

DROST, Lisanne; et al. *Restorative justice in cases of domestic violence*. Amsterdam: Verwey-Jonker Institute, 2015.

FABENI, Lorena Santiago. *Justiça restaurativa e violência doméstica contra a mulher*. Tese de doutorado, Universidade Federal do Pará, 2013.

FBSP; DATAFOLHA. *Visível e invisível: vitimização de mulheres no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: FBSP, 2019.

FREITAS, Bruno Osmar Vergini de. *Restorative justice, intersectionality theory and domestic violence: epistemic problems in indigenous settings*. Dissertação de Mestrado, The University of British Columbia, 2011.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflitos. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n. 10, p. 6055-6094, 2012.

GRANJEIRO, Ivonete. *Agressão conjugal mútua: justiça restaurativa e Lei Maria da Penha*. Curitiba: Juruá, 2012.

HAYDEN, Anne. Safety issues associated with using restorative justice for intimate partner violence. *Women’s Studies Journal*, v. 26, n. 2, p. 4-16, 2012.

JORNAL DFÁGUASCLARAS. *Fórum de Águas Claras terá método EVO para vítimas de violência doméstica da circunscrição*. 2017. Disponível em: <<http://www.dfaguasclaras.com.br/contra-a-violencia-domestica-dia-2606>>. Acesso em: 20 maio 2020.

LÜNNEMANN, Katinka; WOLTHUIS, Annemieke. *Restorative justice in cases of domestic violence: best practice examples: between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs*. JUST/2013/JPEN/AG/4587, WS1. Comparative Report, European Forum for Restorative Justice. 2015. Disponível em: <https://www.verwey-jonker.nl/doc/2015/7388_restorative%20justice%20in%20cases%20of%20domestic%20violence.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

MACHADO, Madgéli Frantz. *Programa justiça restaurativa para o século 21*. Salvador: CNJ, 2017. (Apresentação oral na XI Jornada da Lei Maria da Penha).

MARQUES, Frederico Moyano. *Violência doméstica contra a mulher e Justiça Restaurativa*. Lisboa: APAV, 2008.

MARTÍNEZ, Gema Varona. Adecuación de los procesos restaurativos en delitos de carácter sexual. In: SOLETO, Helena et al. (Orgs.). *Justicia restaurativa y terapéutica: hacia innovadores modelos de justicia*. Valência: Tirant lo Blanch, 2017, p. 367-387.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; et al. (Coords.). *Entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. A violência de gênero e a lei dos mais fracos: a proteção como direito fundamental exclusivo das mulheres na seara penal. In: Barbosa, Thereza Karina de Figueiredo Guadêncio (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*. Brasília: AMAGIS, 2016, p. 65-78.

MENDES, Soraia da Rosa. *Justiça restaurativa e mediação podem se tornar sinônimo de revitimização*. 2017. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/justica-restaurativa-e-mediacao-podem-se-tornar-sinonimo-de-revitimizacao-alerta-profa-soraia-mendes>>. Acesso em: 20 maio 2020.

MILLER, Susan L.; IOVANNI, LeeAnn. Using restorative justice for gendered violence: success with a postconviction model. *Feminist Criminology*, v. 8, n. 4, p. 247-268, 2013.

NOTHAFT, Raíssa Jeanine; BEIRAS, Adriano. O que sabemos sobre intervenções com autores de violência doméstica e familiar? *Revista Estudos Feministas*, v. 27, n. 3, e56070, 2019.

NOVA ZELÂNDIA. *Restorative justice in New Zealand: best practice*. Wellington: Ministério da Justiça, 2004.

O TEMPO. *Iniciativa inédita põe vítima e agressor frente a frente: audiências de fortalecimento dão voz a mulheres que sofrem violência doméstica*. 2017. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/mobile/cidades/iniciativa-inédita-põe-v%C3%ADtima-e-agressor-frente-a-frente-1.1505581>>. Acesso em: 20 maio 2020.



ONU MULHERES; OHCHR. *Latin American Model Protocol for the investigation of gender-related killings of women*. 2014. Disponível em: <<https://lac.unwomen.org/en/digiteca/publicaciones/2014/10/modelo-de-protocolo>>. Acesso em: 20 maio 2020.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha: entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 533-545, 2015.

PERTEL, Adriana Maria Santos; KOHLING, Aloísio. A falta de efetividade da Lei Maria da Penha: uma pena justa é aquela que restabelece os laços desfeitos pelo crime. *Espaço Jurídico*, v. 14, p. 93-106, 2013.

RCFV. *Report and recommendations*. v. IV. Melbourne: Victoria (Royal Commission into Family Violence), 2016. Disponível em: <<http://www.rcfv.com.au/MediaLibraries/RCFamilyViolence/Reports/Final/RCFV-Vol-IV.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. *Violência doméstica: TJRN abre 8ª edição da campanha "Justiça pela Paz em Casa"*. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/12619-violencia-domestica-tjrn-abre-8-edicao-da-campanha-justica-pela-paz-em-casa>>. Acesso em: 20 maio 2020.

229

SANTOS, Cecília MacDowell; MACHADO, Isadora Vier. Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 146, p. 241-271, 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz. Violência doméstica e mediação penal: uma convivência possível? In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, constituição e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181-282.

SILVA, Cristian Kiefer da; SEABRA, Débora Totini; SOARES JÚNIOR., Luiz Antônio. Feminismo, violência e poder: uma análise histórico-jurídica da trajetória e dos documentos que culminaram na lei maria da penha e no feminicídio. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRS*, v. 11, n. 3, p. 301-334, 2016.

SILVA, Salette Maria da et al. 'Fala Maria porque é de lei': a percepção das mulheres sobre a implementação da lei Maria da Penha em Salvador/BA. *Revista Feminismos*, v. 4, v.1, p. 156-167, 2016.

SIMIONI, Fabiane. *As relações de gênero nas práticas de justiça: igualdade e reconhecimento em processos de guarda de crianças e adolescentes*. Tese de doutorado, UFRGS, 2015.

SLAKMON, Catherine et al. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

THOMÉ, Liane Maria Brusnelo et al. Mediação familiar na violência doméstica: saber e saber fazer. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 8, p. 265-273, 2013.

TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

VASONCELLOS, Fernanda Bestetti. *Punir, Proteger, Prevenir? A Lei Maria da Penha e as limitações dos conflitos conjugais violentos através da utilização do Direito Penal*. Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2015.

WALKER, Lenore E. *The Battered Woman*. Nova Iorque: Harper and Row, 1979.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Submissão: 21/05/2020
Aceito para Publicação: 06/11/2020



A TUTELA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E SUA RESTRIÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE COMPARADA COM OS MODELOS FRANCÊS E NORTEAMERICANO

THE PROTECTION OF THE SECRECY OF COMMUNICATIONS AND ITS RESTRICTION IN BRAZIL: ANALYSIS COMPARED WITH FRENCH AND AMERICAN MODELS

Rafael Fecury Nogueira*

Carla Noura Teixeira**

RESUMO: A intimidade dos indivíduos é direito fundamental internacionalmente consagrado, que se soma ao sigilo das comunicações, também consagrado em âmbito constitucional, para compor o âmbito de incidência dessa proteção à vida privada. No entanto, a partir da possibilidade de restrição desse sigilo quando necessário para fins de investigação criminal, a interceptação das comunicações entre as pessoas passou a ser medida largamente utilizada. Nessa direção, com o incremento dos meios de comunicação nos dias atuais, as agências de investigação criminal têm se voltado para as novas formas de comunicação entre as pessoas, indagando-se, como problema de pesquisa do presente texto, em que medida o Brasil tem acompanhado o avanço de medidas restritivas sobre o sigilo das comunicações em países tecnologicamente desenvolvidos. O presente artigo objetiva analisar a evolução da tutela do sigilo das comunicações e as possibilidades de sua restrição na ordem jurídica brasileira, buscando-se comparar com o tratamento dado pela França e pelos Estados Unidos sobre a restrição ao fundamental sigilo das comunicações.

PALAVRAS-CHAVE: Intimidade. Sigilo. Restrição. Interceptação das Comunicações.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A tutela do sigilo das comunicações na ordem jurídica internacional e sua evolução. 2 A tutela do sigilo das comunicações e sua restrição no Brasil. 2.1 O sigilo da comunicação entre presentes e sua restrição. 3. O sigilo das comunicações e sua restrição no direito francês. 3.1 A interceptação das comunicações telefônicas. 3.2 A interceptação das comunicações eletrônicas. 3.3 O sigilo da comunicação entre presentes e sua restrição. 4 Medidas incidentes sobre as comunicações telefônicas, ambientais, telemáticas e informáticas nos estados unidos. 4.1 Evolução legislativa dos estados unidos em matéria de interceptações das comunicações. 4.2 As medidas incidentes sobre as comunicações. 4.2.1 Interceptação das comunicações informáticas. 4.2.2.1 Pen register and trap trace statute (1986). 4.2.3 Interceptação das comunicações ambientais. Conclusões. Referências.

ABSTRACT: The intimacy of individuals is a fundamental right internationally consecrated, which is added to the of communications, also enshrined in the constitutional scope, to make up the scope of this protection for private life. However, based on the possibility of restricting this confidentiality when necessary for the purposes of criminal investigation, the interception of communications between people has come to be widely used. In this direction, with the increase in the means of communication nowadays, criminal investigation agencies have turned to new forms of communication between people, asking themselves, as a research problem in this text, to what extent Brazil has accompanied the advance of restrictive measures on the secrecy of communications in technologically developed countries. This article aims to analyze the evolution of the protection of communications secrecy and the possibilities of its restriction in the Brazilian legal order, seeking to compare it with the treatment given by France and the United States on the restriction to the fundamental secrecy of communications.

KEYWORDS: Intimacy. Secrecy. Restriction. Interception of communications.

232

* Professor de Direito Processual Penal do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia UNAMA, em Belém, no Pará (Brasil). Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), no Brasil.

** Professora de Direito Internacional e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia, em Belém, no Pará (Brasil). Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), no Brasil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objetivo analisar o tratamento do sigilo das comunicações e a possibilidade de sua restrição no Brasil, estabelecendo uma análise comparativa com a França e os Estados Unidos da América. Assim, eis o problema de pesquisa: como o Brasil protege o sigilo das comunicações, quais as possibilidades de sua restrição e em que medida o Brasil tem acompanhado o avanço de medidas restritivas sobre o sigilo das comunicações em países tecnologicamente desenvolvidos, como a França e os Estados Unidos da América.

A justificativa para essa análise se relaciona com o avanço das medidas investigativas e pela utilização frequente das interceptações das comunicações como meio de investigação ou de obtenção de prova, especialmente com o aumento da criminalidade organizada e terrorista, impondo aos Estados a adoção de medidas para a contenção das aludidas formas criminosas. A perspectiva do estudo a partir da análise comparativa permite ao intérprete vislumbrar os pontos essenciais dos diversos países com as previsões existentes na legislação brasileira, destacando-se os pontos críticos e vantajosos de cada instituto específico em face da normativa pátria.

O avanço da tecnologia proporciona novas formas de comunicação entre as pessoas, impondo ao Estado que se modernize nessa empreitada caso necessite intervir sobre a conversa entre pessoas, tais como a sua evolução histórica, as hipóteses de admissibilidade das medidas, seus requisitos, restrições, vedações, formalidades essenciais e procedimentos.

O presente texto realiza a análise da tutela constitucional do sigilo no Brasil e as possibilidades de sua restrição, que incluem as medidas incidentes sobre as comunicações telefônicas, ambientais, telemáticas e informáticas, constituindo-se na matriz para a análise das sistemáticas norteamericana e francesa sobre o tema. Dessa forma, serão vistas as medidas incidentes sobre as comunicações nos três países, um de cada continente, a fim de se analisar o funcionamento das formas de restrição ao sigilo das comunicações entre pessoas. A opção pelos Estados Unidos se dá pelo destacado avanço tecnológico nos meios de comunicação verificado nesse país e por ser um modelo de *common law*, enquanto que a escolha da França se justifica pelo avanço tecnológico, pelo respeito aos direitos fundamentais e por seu destacado protagonismo juspolítico no cenário europeu, com acentuada influência no direito brasileiro.

Para tanto, a metodologia de análise se dará com a pesquisa das legislações pátria e alienígena referentes ao tema, além da pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica da doutrina brasileira e estrangeira, com exposição jurisprudencial dos temas abordados, para



que se proceda à crítica fundamentada das diversas sistemáticas de restrição ao sigilo das comunicações.

1 A TUTELA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E SUA EVOLUÇÃO

A proteção internacional da intimidade e do sigilo remete aos eventos que marcaram o século XX, especialmente, as duas Grandes Guerras mundiais, que determinaram a formação de uma sociedade internacional conformada por polaridades definidas e tensões explícitas na dinâmica global, pontuadas por aspectos ideológicos do capitalismo e socialismo. Nesse cenário, reconhecem-se alguns eventos como precedentes históricos para a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quais sejam: as manifestações de Direito Humanitário, a criação da Organização Internacional do Trabalho e a formação da Liga das Nações.

O grande legado da Segunda Guerra foi a percepção da descartabilidade do ser humano pelo aparato estatal, o que é demonstrado pelo Holocausto de 6 milhões de judeus e pelas 70 milhões de vidas perdidas da Ásia e da Europa entre 1939 e 1945. Sem olvidar a culminância do avanço tecnológico com a corrida armamentista que determinou o fim do conflito após o lançamento de duas bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki determinaram que somente esforços conjuntos de cooperação internacional viessem a gerar a preservação da vida humana.

No dizer de Celso Lafer¹,

O sistema internacional que se configurou depois da Segunda Guerra Mundial teve, entre os seus ingredientes constitutivos, no campo dos valores, o impacto do mal ativo, associado à prepotência do poder tal como exercido pelos governantes dos regimes totalitários, manifesto em especial no horror *erga omnes* da descartabilidade do ser humano no período nazista. A percepção de que isto representou uma ruptura inédita em relação à tradicional preocupação com o bom governo dos Estados soberanos, instigou um alargamento e um aprofundamento da temática dos direitos humanos no plano internacional.

Nesse contexto, tem-se a formação da Organização das Nações Unidas em 1945, vocacionada a multilateralidade dos debates, partícipes abertos ao concerto mundial propugnando um projeto de paz e segurança internacional duradoura entre os povos e nações,

¹ LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 188.

como se depreende dos objetivos descritos no artigo 1º da Carta da ONU². Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Desde então surge de forma expressa no artigo 12 da Declaração, que *“Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques a sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”*.

A proteção universal dos direitos humanos se desenvolve após a estruturação do sistema internacional das Nações Unidas, no esteio da Declaração, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 dispôs no artigo 17 a proteção da intimidade, prevendo que *“Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação”*.

No mesmo período, em 1948, surge a constituição da Organização dos Estados Americanos (OEA), mesmo ano em que é editada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na nona conferência internacional americana em Bogotá, a qual prevê, em seu artigo V, que *“toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”*, e, em seu artigo X, que, *“toda pessoa tem o direito à inviolabilidade e circulação da sua correspondência”*.

Por sua vez, em 22 de novembro de 1969, foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que inaugurou o sistema regional de proteção aos direitos humanos ao prever órgãos permanentes para a defesa dos direitos: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na Convenção, há, ainda, a proteção à honra e à dignidade alcançando a tutela do direito à intimidade e a honra e reputação, como se depreende que: *Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, e que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de*

² Artigo 1: “Os propósitos das Nações unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz”.



sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

O sistema regional europeu também se estruturou e propugna pela proteção do direito à intimidade no âmbito do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos pós Declaração Universal. A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 04/11/1950, assinada em Roma, avança ao afirmar, em seu 8º, que *“Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; e que Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais (...)”.*

Nessa esteira evolutiva da proteção da intimidade na ordem jurídica internacional, temos a inserção nas ordens jurídicas nacionais sob o feixe constitucional.

236

2 A TUTELA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E SUA RESTRIÇÃO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, na esteira da ordem jurídica internacional, protegeu a intimidade e a vida privada, elegendo tais bens jurídicos como direitos fundamentais do cidadão, consoante o disposto no artigo 5º, X, XII, do Texto Constitucional. A intimidade é salvaguardada também pela proteção do sigilo das comunicações entre pessoas, justificando-se a tutela constitucional porque essas comunicações envolvem aspecto muito particular da intimidade³.

Ressalve-se o posicionamento diverso de Sarlet, Marinoni e Mitidiero, admitindo o sigilo das comunicações como instrumental à liberdade de expressão, “pois se garante o segredo das comunicações para que elas possam se realizar com a indispensável liberdade”⁴.

³ Nesse sentido, CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do direito, 2017, p. 578; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Tutela processual da intimidade. In *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1998* (Coord. Geraldo Prado e Diogo Malan). Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 118 e SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 114/115.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 462.

Sem embargo dessa proteção, o sigilo das comunicações admite restrição consoante autorização do próprio Texto Constitucional. Com efeito, segundo o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal, admitir-se-á o afastamento do sigilo das comunicações *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*.

O que se está a tratar no presente artigo concerne a uma das medidas mais invasivas na esfera íntima do indivíduo, obtendo-se relevante meio de obtenção da prova⁵ cada vez mais utilizado, contribuindo para se afastar ainda mais o sigilo das comunicações.

Com o Texto Constitucional posto, delimitar-se-ia o âmbito de incidência da restrição ao sigilo das comunicações em face da própria redação constitucional, a qual dispõe que *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*. Essa redação, portanto, levou a várias discussões acerca do alcance da possibilidade de restrição do sigilo, a saber, se alcançaria todas as formas de comunicação previstas no dispositivo constitucional.

A doutrina se dividiu quanto ao tema, surgindo três posições a respeito. A primeira sustentou que o dispositivo distinguiria duas sortes de sigilo: o das correspondências, que seria absoluto, e, de outro lado, o sigilo das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, que abarcaria a possibilidade de restrição. A segunda posição sustentou que o dispositivo constituiria dois grupos de sigilo: de um lado, o das correspondências e das comunicações telegráficas (absolutos) e, de outro, o de dados e das comunicações telefônicas, sendo a estas duas que a Constituição referiu o *último caso* para a restrição⁶. Numa terceira abordagem, a expressão *último caso* alcançaria apenas a interceptação das comunicações telefônicas⁷. Prevalece, porém, a posição que admite a restrição de todas as formas de comunicação, sobretudo a partir da regulamentação legal⁸.

⁵ Nesse sentido v. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 165.

⁶ Nesse sentido RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação telefônica. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 26, 1999, p. 143.

⁷ Nesse sentido, v. GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

⁸ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 538.

Competiria ao legislador, portanto, a edição da lei que permitiria o afastamento do sigilo das comunicações para fins de investigação criminal. Diante da ausência de regulamentação, a jurisprudência passou a admitir a interceptação telefônica com base no Código Brasileiro de Telecomunicações de 1962, que previa a possibilidade de interceptação das telecomunicações aos serviços fiscais das estações e postos oficiais (art. 56, § 2º), dispondo, ainda, que *não constituiria violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante intimação ou requisição deste* (art. 57, II, e). Contudo, o Supremo Tribunal Federal não recepcionou o Código de Telecomunicações nesse ponto, demandando a edição de lei que regulamentasse a questão⁹.

No intuito de preencher a lacuna legislativa no campo da restrição ao sigilo das comunicações constitucionalmente consagrado, foi editada a Lei nº 9.296/96, que regulamenta o regime brasileiro das interceptações das comunicações telegráficas, telemáticas e telefônicas.

O primeiro ponto para reflexão sobre o aludido diploma legal diz respeito ao alcance da lei conforme se vê em seu artigo 1º, parágrafo único, ao estender o âmbito sua atuação para além dos limites impostos pela Constituição Federal. Diz o mencionado dispositivo que *o disposto na Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*. Essa abordagem legal levou parte da doutrina a sustentar inconstitucionalidade do referido dispositivo por ter extrapolado os termos postos pelo constituinte. Nesse sentido, segundo Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes,

em sentido técnico, só pela telemática pode haver a comunicação de fluxo de dados via telefone, donde já se vê a impropriedade da referida lei à *informática*. Mas, mesmo com relação à *telemática*, deve-se dizer que o texto constitucional só parece admitir a interceptação de comunicação telefônica *stricto sensu* (ou seja, de voz), e não da comunicação via telefone (compreendendo a telemática)¹⁰.

Em tempos atuais, em que as comunicações são em grande parte realizadas por meio de aplicativos eletrônicos como o *Whatsapp*, não nos parece inconstitucional a possibilidade de se restringir o sigilo das comunicações que ocorrem por esses meios. Isso porque, o aplicativo *WhatsApp* é utilizado em telefones celulares para a troca de mensagens por meio de conexões

⁹ v. HC 73.351-4 SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgado em 09/05/1996.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Op cit.*, p. 171. GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação...* cit, p. 17/18, chega ao mesmo entendimento adotando, além do argumento técnico, a interpretação da Constituição e dos limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo.

de rede da internet e é definido como “*um aplicativo de mensagens multiplataforma que permite trocar mensagens pelo celular sem pagar por SMS*”¹¹. O funcionamento deste aplicativo é exclusivamente por meio de conexão de dados com a internet, sem a qual este não possui operacionalidade, funcionando como um programa de correio eletrônico por meio de um endereço identificado pelo número de telefone cadastrado. Tratam-se, assim, de comunicações de dados tuteladas pelo sigilo e, para serem acessadas, dependem de ordem judicial, consoante dispõe o Texto Constitucional.

Ao dispor sobre as hipóteses de cabimento da restrição do sigilo das comunicações, a Lei nº 9.296/96 as prevê na forma negativa, dificultando a tarefa do intérprete e dando a impressão de que esse meio de obtenção de prova deve ser utilizado como regra¹². Prevê a lei (art. 2º) que não será admitida a interceptação “*quando não houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*”.

Imprescindível a base fático-probatória sobre o binômio fato/autoria para a decretação da medida, admitindo-se apenas quando houver indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal (art. 2º, I), configurando o *fumus commissi delicti* a exigir que se tenha caminhado de forma séria na investigação antes de seu advento. De outra banda, tratando-se de meio de obtenção de prova dos mais invasivos, a medida deve ser balizada pela excepcionalidade e somente se admitirá quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2º, II), ressaltando o seu caráter subsidiário, bem como o *periculum* na perda da prova sem a intervenção. Isso porque é inegável que a quebra do sigilo da comunicação entre pessoas ofende a sua intimidade e cobra um “preço” alto dos investigados, razão pela qual mesmo o interesse estatal na concretização de seu *jus puniendi* encontra limites. Nessa direção elucida Karl Gössel que “*el interés legítimo a um proceso penal plenamente eficaz encuentra su limite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos*”¹³.

Finalmente, não se admitirá a interceptação (art. 2º, III) se o crime for punível com pena de detenção, prevendo-se, portanto, a medida, apenas para crimes punidos com reclusão. Essa

¹¹ <http://www.whatsapp.com>.

¹² Pondera GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação ...* cit, p. 21, ser lamentável a redação da lei, pois a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção.

¹³ Nessa direção leciona GÖSSEL, Karl Heinz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. Trad. Miguel Polaina Navarrete. Cuadernos de política criminal. Madrid: Edersa, 1991, v. 45, p. 677.

previsão conta com significativa crítica doutrinária¹⁴, uma vez que a medida poderia ser necessária para a apuração de um crime punido com detenção, excluindo a lei tal possibilidade. Assim, tendo claro o propósito do legislador em permitir a medida apenas a crimes tidos como os mais severamente punidos, deverá o Estado se aperfeiçoar nos métodos investigativos no que concerne aos crimes punidos com detenção, não podendo haver, em qualquer caso, interceptação telefônica direcionada a tais hipóteses, ainda que se mostrem imprescindíveis.

Quanto ao requerimento, a lei (art. 2º, parágrafo único) determina que se descreva com clareza a situação objeto da investigação com a indicação e qualificação dos investigados, o que é complementado pela norma do artigo 4º, dispondo que o pedido de interceptação de comunicação deva conter a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados. Evita-se, com isso, requerimentos genéricos e vagos.

A despeito da pertinente disposição, admite o legislador a exclusão dessa regra ao dispor a ressalva da *impossibilidade manifesta, devidamente justificada*. Dessa forma, possivelmente haverá situações nas quais a autoridade policial não poderá proceder à citada delimitação da situação por impossibilidade manifesta, esvaziando o rigor dos requerimentos.

Quanto ao prazo da interceptação, reside uma das grandes polêmicas sobre a questão. Prevê o artigo 5º, da Lei 9.296/96, que *a medida não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual período uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*. A dúvida se alocou na quantidade de renovação da medida, se apenas uma ou quantas fossem necessárias para a investigação. Doutrina¹⁵ e jurisprudência caminharam no sentido de se permitir a renovação da medida quantas vezes fossem necessárias, superando-se, assim, os 30 dias previstos.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou essa questão, asseverando que inexistente na Lei previsão de renovações sucessivas, não havendo como admiti-las, sobretudo,

¹⁴ Segundo lição de FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 100/101, “há perigo na fórmula utilizada pelo legislador em permitir a medida apenas a crimes punidos com reclusão, havendo exagero nessa hipótese e, por outro lado, não se justifica a total restrição da medida em contravenção e crimes punidos com detenção, pois, para a demonstração de tais infrações poderia ser necessária, como na contravenção de jogo do bicho e de crimes de ameaça e injúria cometidos por telefone”. Para este autor, portanto, melhor seria a adoção de um catálogo de crimes que admitiriam a medida.

¹⁵ Admitindo a renovação por mais de uma vez da medida desde que presentes os pressupostos de admissibilidade da medida, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 177; GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica...* cit, p. 51; e GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 219.

considerando a possibilidade máxima de 60 dias para a interceptação telefônica no Estado de Defesa¹⁶. Entretanto, a jurisprudência do próprio STJ reviu seu posicionamento limitador temporal da medida para permitir a duração da medida além do prazo legalmente previsto quando necessária para as investigações e com prorrogações devidamente motivadas¹⁷. No Supremo Tribunal Federal, embora haja decisões permitindo a prorrogações além do prazo previsto em lei¹⁸, a matéria teve repercussão geral reconhecida e pende de julgamento definitivo pelo Pleno¹⁹, sendo, portanto, a questão mais controvertida sobre a Lei 9.296/96 ainda não resolvida.

2.1 O SIGILO DA COMUNICAÇÃO ENTRE PRESENTES E SUA RESTRIÇÃO

A interceptação das comunicações ambientais no direito brasileiro era desconhecida até o ano de 2001, quando surgiu a Lei 10.217/01, que modificou a chamada lei de combate ao crime organizado (Lei 9.034/95), passando a dispor sobre essa medida sem, contudo, regulamentá-la.

Sublinhe-se que a Constituição Federal, no artigo 5º, XII e a Lei nº 9.296/96 não fizeram ressalva à possibilidade de interceptação das comunicações entre presentes, as captações ambientais, devendo-se discutir essa possibilidade legal à luz da Constituição.

Não obstante isso, doutrina²⁰ e jurisprudência²¹ admitiam a interceptação ambiental nos limites da Lei nº 9.034/95, como meio de investigação em face de organizações ou associações criminosas. Contudo, a Lei 9.034/95 foi revogada pela nova lei reguladora das medidas de combate às organizações criminosas (Lei 12.850/13), que passou a dispor sobre os meios de investigação nesses casos, como a *captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos*.

¹⁶ STJ HC 76686 / PR, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 10/11/2008. Essa é a posição consolidada por PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior tribunal de Justiça*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 45/46.

¹⁷ v. por todos, o AgRg no REsp 1620209/RS, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJE 16/03/2017 e RHC 52374/PR, 5ª Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 11/10/2017.

¹⁸ HC 125792 AgR/RO, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 15/02/2016 e HC 145569 AgR/MT, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 27/09/2017.

¹⁹ Recurso extraordinário com repercussão geral nº 625.263, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 09/09/2013.

²⁰ Nesse sentido, v. por todos GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades...* cit., p. 185.

²¹ Na jurisprudência, no entanto, o STF já admitia a medida mesmo antes da existência da Lei 10.217/01, conforme se vê no julgamento do HC 74.356-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 10/12/1996.

Luiz Torquato Avolio diferencia a captação ambiental da interceptação ambiental, afirmando que nessa última, a captação da conversa entre presentes é realizada por terceira pessoa sem o conhecimento dos interlocutores, enquanto que naquela, a captação da conversa entre presentes é feita por um terceiro, mas com o conhecimento de um dos interlocutores²². Assim, a captação ambiental da Lei 12.850/13 exige que um dos interlocutores tenha conhecimento da gravação, levando Rogério Sanchez e Ronaldo Pinto a concluírem que a medida se restringe apenas à “captação” dos sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, bastando que um dos indivíduos saiba da captação, diversamente da ‘interceptação’, na qual ambos os sujeitos envolvidos desconhecem”²³.

A captação ambiental, porém, não foi regulamentada pela Lei 12.850/13, a qual se resumiu a prevê-la, levando a doutrina a discutir acerca da necessidade de ordem judicial para a sua consecução. Assim, para Vicente Greco Filho, “a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos não depende de regulamentação especial. A sua legitimidade decorre do interesse público da investigação”²⁴. Posicionamento diverso tem Marcelo Mendroni, para quem, “embora essa lei não tenha fixado regras específicas para a captação ambiental, considerada ‘fluxo de comunicações em sistema de telemática’, aplica-se, no que couber, a Lei 9.296/96 – art. 1º, parágrafo único”²⁵. Na jurisprudência, sempre se exigiu ordem judicial para essa medida²⁶.

Evidentemente que não se pode admitir uma medida que invada a intimidade a esse extremo sem ordem judicial, por vulnerar esse direito fundamental. Se se exige ordem judicial para se restringir o sigilo das comunicações telefônicas, com mais razão se deve exigí-la nas comunicações presenciais. Entretanto, essa discussão cessa com a edição da Lei 13.964/19, (*Pacote anticrime*), que alterou a Lei 9.296/96 para prever a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para fins de investigação criminal ou instrução processual de forma geral, regulamentando essa medida para todos os crimes dentro das hipóteses legalmente previstas.

²² *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 100/102.

²³ CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 26.

²⁴ *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

²⁵ *Comentários à lei de combate ao crime organizado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

²⁶ Seg Ques. Ordem IP 2.424-4-RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 24/08/2007.

Consoante o novo artigo 8º-A, a captação ambiental passa a ser prevista de forma geral, desde que presentes elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em crime com pena máxima superior a 4 anos de reclusão ou em crimes conexos, quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes.

Há duas reparações a fazer. O termo *elementos probatórios* é tecnicamente equivocado, pois, quando a medida for decretada no curso de investigação, em regra eles ainda não existem por dependerem de contraditório judicial, devendo-se denominar de *elementos de informação*. Ademais, o cabimento da medida para crimes com pena máxima superior a 4 anos ou crimes conexos não faz sentido. O vocábulo *ou* foi empregado equivocadamente no lugar do vocábulo *e*, que permitiria a medida também para os crimes conexos com pena máxima inferior a 4 anos.

A captação ambiental também terá o prazo de duração de 15 dias renovável por decisão judicial por iguais períodos. Assim, diferentemente da interceptação telefônica, a captação ambiental permite diversas prorrogações, porém, tem-se maior rigor para tanto ao se exigir a comprovação da indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada para que a medida seja renovada (art. 8º-A, § 3º)²⁷. No mais, a captação ambiental segue as regras definidas para a interceptação telefônica. Com efeito, verifica-se que o avanço tecnológico nas formas de comunicação vem sendo acompanhado de perto pela expansão das hipóteses que restringem o sigilo dessas comunicações.

243

3. O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES E SUA RESTRIÇÃO NO DIREITO FRANCÊS

A Constituição da França, promulgada em 4 de outubro de 1958, prevê normas genéricas sobre os direitos e garantias fundamentais. Ocorre que em seu preâmbulo, define que *o povo francês proclama sua adesão aos Direitos humanos definidos pela Declaração de 1789*. Isso estabelece que uma série de direitos e garantias fundamentais devem integrar o ordenamento constitucional francês, salientando-se que a Constituição prevê que “*os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão autoridade superior a das leis [...]*”.

²⁷ Nesse sentido, DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: lei 13.964/19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem em Paris, constituindo-se num marco histórico para o respeito aos direitos humanos na esfera internacional, servindo, inclusive, de base para a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Fixou, no artigo 12, a DUDH que *ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei.*

Após, em 4 de novembro de 1950, surge a Convenção Europeia para a salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sendo ratificada pela França em 1974, incluindo, a partir daí disposições na sua ordem interna. Esse ordenamento trouxe uma gama de direitos e garantias fundamentais à proteção dos indivíduos, dentre os quais, *o direito à vida* (art. 2º), *direito à liberdade e segurança*, (art. 5º) além do *direito ao respeito da vida privada, familiar, do domicílio e da correspondência* (art. 8º, 1), que será objeto específico do presente estudo.

Antes de analisar o regime das interceptações telefônicas na França, importa afirmar que o sistema processual penal francês sempre conferiu amplos poderes instrutórios à figura do juiz, desde o antigo código de instrução criminal de 1808 até o código de 1958 em vigor naquele país. Nesse passo, surge como fundamento corrente desse poder do juiz o artigo 81, do Código de processo penal francês que dispõe que *o juiz da instrução procede, em conformidade com a lei, a todos os atos de informação que ele julgue úteis à manifestação da verdade.* Esse dispositivo sempre deu a tônica na atividade instrutória e no processo penal, possuindo papel determinante, *v.g.*, na deflagração das interceptações telefônicas, desde antes da lei autorizadora dessa medida. Assim, até o ano de 1991 não existia no direito francês norma que permitisse a interceptação telefônica como meio de obtenção da prova, fazendo com que se buscassem mecanismos oblíquos hábeis a introduzi-la na investigação, sempre com base no artigo 81 do CPPF²⁸.

A jurisprudência francesa já vinha admitindo a captação das conversas telefônicas entre um culpado e um terceiro mesmo antes que o legislador interviesse. Segundo o Jean Pradel²⁹,

²⁸ Nesse sentido, DERVIEUX, Valérie. *El sistema francés in* Meirelle Delmas-Marty (org), tradução Pablo Morenilla Allard. *Procesos penales de Europa*. Ed. Edijus, 2000, p. 301, assevera que durante muito tempo, a escuta de conversas telefônicas de uma pessoa suspeita de envolvimento em um *crime* teve como único fundamento legal a generalidade do artigo 81 do Código de Processo Penal. No mesmo sentido, LECLERC, Henri. *Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels em France*. Revue de science criminelle et de droit penal compare. Paris: Ed. Dalloz, nº 1, janv-mars, 1992, p. 22.

²⁹ *Procédure Penale*. Paris: Cujas, 1997, p. 359.

a jurisprudência tradicional mostrava-se favorável ao emprego dos procedimentos de escutas, porém, não como confissão, mas como simples indícios que poderiam ser acrescidos de outros, fundamentando a convicção do juiz se não violasse os direitos de defesa. Também a doutrina não repudiava o emprego dessas técnicas, não devendo surpreender a conversa entre um indivíduo e seu defensor.

Percebe-se, assim, que ante a inexistência de norma específica, a interceptação telefônica foi ganhando legitimidade na França como meio de obtenção da prova, devendo-se salvaguardar todos os direitos de defesa. Nessa direção, anota Jean Pradel que

a questão das interceptações renovou-se nos últimos anos por três razões: a lei de 17 de julho de 1970 proibia de forma geral o uso de gravadores e assemelhados em local privado e sem o consentimento dos interessados, pela acentuação do entendimento jurisprudencial sobre o sigilo da vida privada expressado pelo art. 8º, da Convenção europeia de direitos humanos, e ainda, pelo uso frequente das escutas telefônicas para os casos em que, sem seu uso, a prova de certas infrações seria impossível, como o tráfico de entorpecentes³⁰.

245

Com efeito, a jurisprudência foi se moldando no sentido de impedir que as escutas telefônicas não violassem a Convenção europeia. Começa-se, assim, a se vislumbrar o protagonismo exercido pela Convenção europeia de direitos humanos no sistema francês de interceptações das comunicações telefônicas. O ponto crucial dessa mudança se deu a partir da “entrada em cena” do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nesse contexto, provocando uma nova visão sobre o modo de se pensar essas restrições às comunicações³¹. Assim, após anos de aplicação da medida com base no artigo 81, do CPPF e com a chancela jurisprudencial, chamou-se à apreciação da questão a Corte de Estrasburgo. Os *leadings cases* foram os casos *Huvig e Kruslin versus França*, de 24 de abril de 1990, em que se questionava a legalidade das escutas telefônicas realizadas em desfavor dos requerentes condenados com bases nelas.

Examinando a legislação e prática francesas em matéria de escutas telefônicas, decidiu o TEDH que *não havia indicação clara da extensão e das modalidades do exercício do poder de apreciação das autoridades; não oferecia as salvaguardas adequadas contra abusos, notadamente quanto às categorias de pessoas suscetíveis de sofrer a escutas; quanto à natureza*

³⁰ PRADEL. Jean. *Op cit*, p. 360.

³¹ SOUSA, João Ramos de. *Escutas telefônicas em Estrasburgo: O ativismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. Sub Judice, justiça e sociedade. Paris: n. 28, janeiro/março, 2004, p.48.

das infrações que permitissem; quanto aos limites de duração da execução da medida; quanto ao estabelecimento da redução a termo da síntese das conversas interceptadas; quanto à destruição das fitas³². O Tribunal concluiu pela violação do artigo 8º, da CEDH, decidindo ainda que as escutas teriam que ser previstas pela lei, não bastando que sejam autorizadas por um juiz, e com definição legal dos limites e modalidades das escutas, com regras claras e detalhadas.

Posteriormente ao julgado histórico do TEDH, malgrado a Corte de Cassação ainda tentar definir regras mais específicas para a determinação das escutas telefônicas³³, a doutrina foi unânime em considerar que a condenação da França em Strasbourg gerou a necessidade urgente de regulamentação, que seria consagrada pela Lei 91.646 de 10 de julho de 1991.

Surge, então, o regime legal das interceptações telefônicas na França, trazendo consigo um regime de interceptação das correspondências eletrônicas. Tal norma, em obediência aos enunciados do Tribunal Europeu de direitos humanos, passou a regulamentar os requisitos, prazo de duração, possibilidades e limites da medida interventiva, prevendo, para tanto, duas sortes de interceptações: as interceptações telefônicas e as interceptações de segurança ou administrativas.

246

3.1 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

A Lei 91.646 modificou o artigo 100 do Código de processo penal, acrescentando-lhe sete enunciados, incluindo a possibilidade de decretar a interceptação telefônica no bojo do juizado de instrução. O CPPF prevê a interceptação telefônica judicial decretada pelo juiz de instrução para crimes com pena máxima igual ou superior a 2 anos de prisão, devendo primar pela subsidiariedade, *i.e.*, só será decretada quando necessária à obtenção de informação, o que posteriormente será analisado à luz da jurisprudência.

Ainda que haja crítica³⁴, verifica-se a adoção de um critério de proporcionalidade mais bem definido, sobretudo em relação ao modelo brasileiro, admitindo-se aqui a decretação da medida em quaisquer crimes apenados com reclusão.

³² Cour europ., 24 avril 1990, *aff Kruslin et Huvig*, D., 1990, 353, p. 615.

³³ PICARD, Etienne. La police e le secret des données d'ordre personnel em droit français. *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*. Paris: Ed. Dalloz, n° 2, avr-juin, 1993, p. 305.

³⁴ Henri Leclerc. *Op cit*, p. 23, assevera que este é um critério extremamente vago e impreciso.

A decretação da interceptação é irrecorrível, impossibilitando interferência defensiva *a priori*, podendo-se impugná-la, todavia, em recurso em face da sentença, consoante artigo 567, do CPPF, que prevê a anulação da sentença em caso de violação da lei.

A norma constante no artigo 100-1, do CPPF, assevera que a decisão deve comportar todos os elementos de identificação da ligação a ser interceptada, a infração que motiva a interceptação, bem como sua duração. Quanto ao prazo, é de no máximo de quatro meses, não podendo ser renovada senão nas mesmas condições de forma e duração. Contudo, à semelhança do regime brasileiro, a medida possui duração máxima, mas pode ser renovada.

A circular geral de 26 de setembro de 1991, do Poder Executivo, definiu que o prazo máximo de quatro meses renováveis objetivou evitar que a medida se prolongasse indefinidamente sob o fundamento da decisão inicial³⁵. Entretanto, a mesma circular dispôs que a medida pode ser renovada *tantas vezes for necessária para a perseguição da informação*.

Ocorre, na França, fenômeno semelhante ao ocorrido no Brasil, quanto à medida de duração de uma interceptação telefônica na vigência de Estado de Defesa, dispozo nossa CF/88, em seu artigo 136, § 2º, que este *não terá tempo de duração superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período [...]*, paradoxalmente ao previsto no regime democrático, que não prevê limite à prorrogação da medida, na vigência do Estado de Defesa a interceptação telefônica poderá durar no máximo 60 dias. Na França o paradoxo se assemelha pois, para os delitos comuns a interceptação telefônica pode ser prorrogada indefinidamente desde que nos mesmos moldes da decisão prévia, ao passo que, para os crimes de terrorismo, criminalidade organizada e internacional, a lei dispõe que a interceptação será autorizada por uma duração máxima de quinze dias, renovável uma vez nas mesmas condições de forma e duração.

Os artigos 100-4 e 100-5, do CPPF definem regras formais sobre a redução a termo e transcrição das conversas captadas, devendo o juiz ou o oficial da polícia competente elaborar ata das operações e registro com a menção da data e hora em que a operação começou e terminou.

O texto do artigo 100-6, do diploma processual penal francês dispõe que a destruição dos registros realizados será feita após a expiração do prazo de prescrição da ação pública. Veja-se que, diferente da lei brasileira, na França não há possibilidade de se inutilizar a gravação que

³⁵ Circulaire générale – C.100-2 (Circ. 26 sept, 1991) *in* Code de Procédure Penale, art. 100-2.

não interessar à prova durante as investigações ou durante o processo, devendo-se aguardar o prazo prescricional³⁶, mantendo-se eventual conversa de cunho particular do investigado.

Por fim, o artigo 100-7, do CPPF, modificado pelas Leis 95-125 de 08 de fevereiro de 1995 e 93-1013 de 24 de agosto de 1993, prevê que *nenhuma interceptação pode ocorrer sobre a linha de um deputado ou de um senador sem que o presidente da assembleia à qual pertença seja informado pelo juiz de instrução*. Dispõe, ainda, que *nenhuma interceptação pode ocorrer sobre uma linha do escritório de um advogado ou de seu domicílio sem que o bâtonnier (presidente regional) seja informado pelo juiz de instrução*. Ao tomar conhecimento prévio da interceptação telefônica de um par, o Presidente da Assembleia respectiva ou o chefe regional dos advogados pode comprometer a eficácia da medida ante ao inegável espírito corporativo ainda existente nas classes profissionais em geral. O que se deve evitar é a violação das prerrogativas funcionais e as relações com clientes, mas não a eficácia medida. Com acerto, essa previsão inexiste no Brasil.

3.2 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS

A lei 91-646 de 1991 assegurou que *o sigilo das correspondências emitidas pela via das comunicações eletrônicas é garantido pela lei e que não poderá ser violado, senão que nos casos de necessidade de interesse público previstos pela lei e nos limites fixados por ela* (art. 1º).

A interceptação das comunicações eletrônicas (interceptação de segurança) prevê que *poderá ser autorizada, excepcionalmente, para a procura de informações de interesse da segurança nacional, da proteção dos elementos essenciais do potencial científico e econômico da França, ou da prevenção do terrorismo, da criminalidade e delinquência organizada e da reconstituição ou da manutenção de grupamentos dissolvidos na lei de 10 de janeiro de 1936 sobre os grupos de combate e as milícias privadas*. (art. 3º, alterado pela Lei 2004-669 de 2004)

O artigo 4º, modificado pela Lei 2006-64 de 2006, prevê que a medida será autorizada por decisão escrita e motivada do Primeiro Ministro ou de pessoa delegada por ele, mediante requerimento escrito e motivado do Ministro da Defesa, do Ministro encarregado da Alfândega

³⁶ Anota PICARD, Etienne. *Op cit*, p. 307, que o prazo de prescrição penal é em princípio de dez anos para os crimes e de três anos para os delitos.



ou por pessoa delegada por eles. Prevê a lei o prazo máximo de quatro meses para a duração da medida, podendo, contudo, ser renovada, desde que nas mesmas condições de forma e duração.

A lei prevê que somente os registros que possuam relação com um dos objetivos enumerados no artigo 3º, podem ser objeto de transcrição, coibindo-se excessos em relação aos dados e informações relativas à intimidade e vida privada dos indivíduos. (arts. 7º e 10).

O Primeiro Ministro possui papel fundamental na determinação, regulação e controle das interceptações administrativas, cabendo a ele supervisionar toda a atuação Estatal de modo a salvaguardar os direitos fundamentais dos indivíduos alcançados pela medida restritiva. Prevê a lei (arts. 8º e 9º) que, sob sua autoridade, deverá ser feito um relatório das operações de interceptação e registros, mencionando a data e hora em que se iniciaram e terminaram, destruindo-se registro após o prazo máximo de dez dias a contar da data em que foi efetuado.

O artigo 13, da lei nº 91.646, modificado pela Lei 2004-669, cria uma Comissão nacional de controle das interceptações administrativas composta por uma autoridade designada pelo Presidente da República, pelo Vice-Presidente do Conselho de Estado e pelo Presidente da Corte de Cassação e, também, por um Deputado e um Senador, designados pelos presidentes das respectivas Câmaras legislativas. A comissão tem por função velar pelo respeito às disposições referentes às interceptações administrativas, prevendo-se que a decisão motivada do Primeiro Ministro deve ser comunicada em até 48 horas ao seu Presidente que, entendendo não estar correta, reunirá a comissão para deliberação sobre a medida e, concluindo que a interceptação foi autorizada em desrespeito às disposições da lei, encaminhará ao Primeiro Ministro uma recomendação a este para que interromper a interceptação, demonstrando preocupação com as interceptações eletrônicas e prevendo mecanismos eficazes de controle e supervisão (art. 14).

Não bastassem tais cautelas, prevê o artigo 15 da citada lei, alterado pela Lei 2004-669, um ingrediente diferenciado na sistemática dessas interceptações, dispondo que, *de ofício ou por reclamação de qualquer pessoa que possua um interesse direto e pessoal, a comissão pode proceder ao controle de toda interceptação de segurança para se verificar se foi efetuada com respeito às disposições do presente título*. Como consequência desse duplo grau da medida, dispõe, ainda, que *se a comissão conclui que uma interceptação de segurança foi efetuada com violação das disposições do presente título, ela encaminha ao primeiro Ministro uma recomendação para que a mesma seja interrompida*.

A diferença em relação ao artigo 14 da lei se dá pelo fato de que aqui a provocação da comissão se deu por iniciativa da própria pessoa envolvida. Com efeito, o acesso por parte de qualquer interessado direta e pessoalmente à Comissão nacional encontra-se garantido pela lei, possibilitando maior cautela por parte do Primeiro Ministro ao decretá-la.

Em crítica à atuação e ao poder da Comissão nacional, aduz Etienne Picard que seus poderes se veem significativamente limitados, pois “ela não pode encaminhar ao Primeiro Ministro senão que apenas uma recomendação”³⁷. Contudo, tratando-se a Comissão nacional de órgão político subordinado ao Presidente da República, possui papel consultivo superior ao do Primeiro Ministro, que também possui atribuição eminentemente política e é subordinado àquele, conforme expressa disposição do artigo 8º da Constituição da República Francesa.

Ao mesmo tempo em que se estabeleceu medida de interceptação de comunicações eletrônicas sem autorização do juiz, conferiu-se critérios razoáveis para evitar eventuais e possíveis abusos e excessos em sua utilização.

Em conclusão, o sistema francês das interceptações telefônicas não destoa em grande parte do sistema brasileiro e, a despeito de ser rigoroso na aplicação e fiscalização da medida, permite alguns já conhecidos abusos, como, por exemplo, a indefinição a respeito dos requisitos para a decretação da medida, a possibilidade de um número indefinido de renovações da medida tantas vezes quanto forem necessárias à busca da informação, além da impossibilidade de se recorrer da decisão, ainda que desnecessária, acarretando os problemas já conhecidos por aqui.

250

3.3 O SIGILO DA COMUNICAÇÃO ENTRE PRESENTES E SUA RESTRIÇÃO

Até 2004, a França não conhecia medida interventiva na comunicação entre presentes, advindo nesse ano a Lei de 09 de março de 2004 (Lei *Perben II*), provocadora de profundas modificações no Código de processo penal francês ao prever medidas de combate às várias formas de criminalidade, como a criminalidade internacional, econômica, discriminatória, terrorismo, de saúde pública, de poluição marítima e organizada. Pelo capítulo 1º, seção I, desse diploma, acrescentou-se o título XXV ao livro IV do código de processo penal francês, passando a regular o procedimento aplicável à criminalidade organizada, que alcançaria

³⁷ PICARD, Etienne, *op cit*, p. 306.



diversos crimes³⁸. Dessa forma, acrescentaram-se medidas como a sonorização e fixação de imagens em certos locais ou veículos, mais conhecida como interceptação ambiental ou gravação entre presentes.

Segundo o artigo 706-96, do código de processo penal francês, modificado pela lei *Perben II*, quando necessário à informação concernente a um crime ou um delito enquadrado no artigo 706-73, poderá o juiz de instrução autorizar por *ordem motivada os oficiais e agentes da polícia judiciária a por um dispositivo técnico tendo por objeto, sem o conhecimento dos interessados, a captação, fixação, transmissão e registro de palavras pronunciadas por uma ou várias pessoas a título provado ou confidencial, nos locais ou veículos privados ou públicos, ou da imagem de uma ou várias pessoas que se encontrem num local privado.*

Em linhas gerais, a formalidade, prazo de duração, maneira de execução, reduções a termo, degravação e destruição das fitas são as mesmas já vistas na interceptação telefônica, devendo haver a descrição e transcrição aos autos das imagens ou conversas registradas que são úteis à investigação. Aqui, porém, em relação ao deputado, senador e advogado, há vedação para instalar o dispositivo técnico em seus veículos, escritórios ou domicílios.

Pode-se, assim, perceber que a normativa francesa de restrição do sigilo do indivíduo se assemelha em diversos aspectos ao modelo brasileiro, acompanhando a evolução tecnológica nas diversas formas de comunicação e a tendência de restrição dessas do sigilo dessas comunicações.

4 MEDIDAS INCIDENTES SOBRE AS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS, AMBIENTAIS, TELEMÁTICAS E INFORMÁTICAS NOS ESTADOS UNIDOS

A IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América foi concebida como modelo de garantia do cidadão frente à investigação, definindo limites ao Estado para buscas e apreensões e para a proteção da intimidade³⁹, constituindo-se o principal limite à atuação

³⁸ Segundo o artigo 706-73, Código de Processo penal francês, os crimes são: *Homicídio cometido em bando organizado, torturas e de atos de barbárie cometidos em bando organizado, tráfico de estupefacientes, crimes de levantamento e de sequestro cometidos em bando organizado, crimes e delitos agravados pelo trato de seres humanos, crimes e delitos agravados de proxenetismo, crimes de vôos cometidos em bando organizado, crimes agravados de extorsão, crime de destruição, degradação e deterioração de um bem cometido em bando organizado, crimes em matéria de falsa moeda, crimes e delitos constituintes de atos de terrorismo.*

³⁹ IV Emenda: *“O direito do povo de estar seguro, na sua pessoa, em suas casas, documentos e bens, contra desarrazoadas (não motivadas) buscas e apreensões, não pode ser violado, e nenhuma ordem deve ser emitida,*



policia na investigação⁴⁰. Nessa norma, não há previsão da proteção do sigilo das comunicações, gerando discussão na jurisprudência e, após, na doutrina, sobre o alcance da busca e apreensão.

A legalidade da interceptação telefônica foi suscitada, pela primeira vez, perante a Suprema Corte americana em 1928, no célebre caso *Omlstead v. U.S.*, tendo a Corte decidido que a proteção conferida pela IV Emenda em relação às buscas e apreensões desarrazoadas se referia somente ao lugar onde a busca se desenvolveria e às pessoas ou coisas a serem apreendidas, não se estendendo à interceptação telefônica realizada sem invasão do domicílio dos réus.

Os primeiros registros da Suprema Corte sobre o uso das interceptações datam de meados da década de 1960, quando a polícia já utilizava, com frequência, captações de conversas telefônicas, sendo que, após diversos precedentes, passou a admitir a apreensão das conversas telefônicas, alargando o sentido da expressão *apreensão* constante da IV Emenda⁴¹. A partir daí a Suprema Corte, delimitando o termo *busca*, desenvolveu interpretação fundada na ‘razoável expectativa de privacidade’ para adequá-la à Constituição, concluindo, em 1988, que a leitura do que a sociedade considera uma justificável expectativa de privacidade deveria ser restritiva⁴².

Por fim, ainda na busca de critérios para a admissão da medida, além dos parâmetros acima destacados, nos casos ‘*Berger versus New York*’ e ‘*Katz versus U.S.*’, para se validar as interceptações das comunicações, a Suprema Corte exigiu autorização judicial com base em informações idôneas de existência de crime, indicação precisa da pessoa, lugar e a comunicação específica que se pretendia interceptar. Esse retrospecto histórico da jurisprudência desembocará na formação do corpo legislativo norteamericano sobre o tema.

252

exceto por uma causa razoável, baseada em declaração sob juramento ou afirmação e com descrição do local a ser efetivada a busca, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

⁴⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 179.

⁴¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op cit*, p. 110.

⁴² BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedures: Examples and explanations*. New York: ASPEN, p. 17/18.

4.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DOS ESTADOS UNIDOS EM MATÉRIA DE INTERCEPTAÇÕES DAS COMUNICAÇÕES

Após a evolução da jurisprudência sobre o alcance da IV Emenda em relação ao sigilo das comunicações, analisa-se a própria evolução legislativa da regulamentação da restrição do sigilo.

A necessidade dos órgãos de investigação em dispor de instrumentos legais e modernos se decorre da dificuldade na obtenção de provas hábeis à comprovação de crimes ligados à organizações criminosas pelos conhecidos motivos de subtração de fontes de prova, como, por exemplo, a utilização da “lei do silêncio” e o alto poder de intimidação a réus e testemunhas⁴³. Isso fez com que as autoridades de investigação necessitassem de novas técnicas, sob pena de sucumbirem ao crime organizado. Surgem, então, as interceptações das comunicações como mecanismo eficiente no combate a essa criminalidade, passando-se a utilizar a *Electronic surveillance*, consistente na interceptação telefônica através de instrumentos eletrônicos.

Analisando a constitucionalidade dessas interceptações, decidiu a Suprema Corte Americana, em 1967, no julgamento do caso *Berger vs New York*, ser inconstitucional tal “espionagem” por não se especificar o crime investigado e as pessoas abarcadas pela medida. Em *Katz versus U.S.*, validou-se a instalação, sem ordem judicial, de microfones e gravadores em telefone público frequentemente utilizado pelos investigados, entendendo a Suprema Corte como legal a medida por se tratar de lugar público, onde não incide a tutela constitucional.

Para matizar essa divergência e após a repercussão do tema, o Congresso elaborou uma lei regulamentadora, surgindo a *Omnibus crime control and safe streets Act*, de 1968, prevendo o uso de meios eletrônicos em investigações mediante ordem judicial, desde que presentes elementos de autoria do delito⁴⁴. Foi o primeiro instrumento normativo americano regulador das interceptações das comunicações.

Complementando o *Omnibus control crime and safe streets act*, em 1978 foi editada a *Foreing Intelligence Surveillance Act (FISA)*, dispondo sobre o procedimento para a utilização das informações recolhidas nos casos de perigo para a segurança nacional, instituindo a *Foreing*

⁴³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Op cit*, p. 250.

⁴⁴ Segundo informam BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Op cit*, p. 381, a adoção da medida pelo juiz requereria informação detalhada sobre as comunicações a serem interceptadas, os crimes suspeitos e os esforços realizados até então para a obtenção da informação desejada.

Intelligence Surveillance Court, uma Corte para a apreciação dos requerimentos quando se tratar de cidadãos americanos⁴⁵. Em síntese, o FISA trouxe dupla inovação: a possibilidade de interceptação das comunicações de países estrangeiros e as chamadas interceptações de emergência em prol da segurança nacional. Assim, em caso de investigação envolvendo uma potência estrangeira ou um de seus agentes seria admitida a interceptação das comunicações sem autorização judicial quando houver perigo imediato de morte ou lesões físicas, atividade de conspiração que supõe ameaça à segurança nacional e atividade de conspiração própria do crime organizado. Em tais hipóteses o juiz deverá autorizar a interceptação de emergência a *posteriori*, nas 48 horas seguintes à sua realização. Para os cidadãos americanos, exigia-se ordem judicial⁴⁶. Há, ainda, a possibilidade de determinação de interceptação de emergência para se obter informações sobre uma potência estrangeira (§ 1805, f,1).

4.2 AS MEDIDAS INCIDENTES SOBRE AS COMUNICAÇÕES

Na sistemática americana há certa confusão entre as definições das comunicações eletrônicas e as demais espécies, como as comunicações telefônicas, telemáticas e informáticas, não havendo um procedimento específico para cada uma, apenas um conceito amplo para a espécie de comunicação⁴⁷, referindo-se ao termo *interceptação*, sem detalhamento.

Assim, o U.S Code, em seu capítulo 18, § 2510 (12), define comunicação eletrônica como qualquer transferência de sinais, escrita, imagens, sons, dados ou informações de qualquer natureza transmitida no todo ou em parte, por um fio, rádio, meios eletromagnéticos, fotografia eletrônica ou fotografia ótica, que afete sistema interestadual ou estrangeiro, não incluindo: (a) cabo ou comunicação oral; (b) comunicação feita através de um dispositivo de tom único de paginação; (c) comunicação feita a partir de um dispositivo de rastreamento; ou (d) transferência eletrônica de informações armazenadas por uma instituição financeira de um sistema de comunicações eletrônicas utilizadas para o armazenamento e transferência de fundos.

⁴⁵ THAMAN, Stephen. *Op cit.*, p. 137.

⁴⁶ VERVAELE, John.A.E, *op cit.*, p. 121.

⁴⁷ Nesse sentido vem a lição de GERMAN, Christiano. As novas leis de segurança na Alemanha e nos Estados Unidos: Os efeitos para a comunicação local e global. *Revista CEJ*, dez/2002, p. 82, afirma que, pelo U. S. Patriot act, a comunicação eletrônica é tratada como a comunicação telefônica.

O principal ordenamento americano referente às comunicações eletrônicas, o *Electronic Communications Privacy Act* de 1987, foi concebido para ampliar restrições governamentais sobre monitoramento de chamadas telefônicas, incluindo transmissões de dados eletrônicos por computador. Esse ato também dispôs sobre o acesso a comunicações eletrônicas armazenadas, proibindo, em regra, o seu uso. Entretanto, mais tarde, o ECPA foi alterado em algumas disposições, cedendo espaço para o U.S Patriot Act, que entrou em vigor no dia 24 de outubro de 2001, após o atentado terrorista em Nova Iorque. Resultou da reunião com caráter de urgência no Congresso Americano, revestindo-se de extrema complexidade, modificando 15 leis existentes que versavam sobre a repressão à criminalidade organizada e ao terrorismo⁴⁸ e causando graves modificações na legislação criminal, e nas medidas incidentes sobre as comunicações.

A partir de 2001, com as modificações impostas pelo U.S Patriot act, o ECPA passou a prever a *ordem de exibição de dados*, que consiste na obrigação, sob pena de sanção, de fornecimento de dados informativos gerais relativos aos clientes dos provedores de serviços, bem como também de dados conexos, como números de cartões de crédito, de contas bancárias, endereços IP, duração do acesso, direções de rede acessadas. Desse modo, podem ser examinados os e-mails escritos e as mensagens de voz gravadas. Segundo John Vervaele, “antes da entrada em vigor do Patriot act, era necessária autorização para a interceptação de e-mails, por isso a atual regulamentação se apresenta como mais vantajosa, posto que se pode controlar todos os dados”⁴⁹. Tais coletas de dados eletrônicos visam facilitar a atividade investigativa, sendo suficiente uma autorização emitida por um juiz de paz⁵⁰. Há, ainda, a previsão de interceptação das comunicações *on line* em caso de violação da *Computer fraud and abuse act*, uma lei que visa proteger o sistema nacional de computadores.

Outra inovação proporcionada pelo U.S. Patriot act é a possibilidade de obtenção de dados registrados, como mensagens de voz ou e-mails, sem que se exija ordem judicial. Além disso, O ECP (U.S. Code, seção 18, § 2709), modificado pelo U.S. Patriot act, previu os mandados administrativos, correspondentes às chamadas *Cartas de segurança nacional*, permitindo ao

⁴⁸ *Wiretap Statute*, o *Computer Fraud and Abuse Act*, o *Foreign Intelligence Surveillance Act*, o *Pen Register and Trap and Trace Statute*, the *Immigration and Nationality Act*, o *Money Laundering Act* e o *Bank Secrecy Act*.
⁴⁹ - VERVAELE, John.A.E. La Legislação anti-terrorista em Estados Unidos: Inter arma silent leges. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 14, 2005, p. 124.

⁵⁰ THAMAN, Stephen. Patriot act: L’impatto dell’11 settembre sulla procedura penale americana. *Revista Ultima ratio*, ano 01, nº 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 140.

FBI determinar que as empresas de comunicações e gestores de serviço telefônico e de internet forneçam dados dos usuários quando considerar que esses dados sejam pertinentes às investigações envolvendo terrorismo internacional.

4.2.1 INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES INFORMÁTICAS

Com o advento do U.S Patriot act, também os dados das comunicações informáticas se tornaram cada vez mais frágeis e suscetíveis de apreensão pelas autoridades policiais.

No âmbito da proteção da comunicação informática contra o terrorismo a preocupação se deu em torno dos hackers, originando a necessidade de utilização de um instrumento avançado para coibir tais invasões. Nesse contexto, surge um sistema de vigilância denominado *Carnivore* (DCS-1000), que possibilita ampla inserção informática nos dados de qualquer pessoa, permitindo a entrada no computador do investigado e coleta de tudo o que interesse à investigação, sem que o investigado conheça tal ocorrência.

Interessante notar que o FBI (Escritório federal de investigação americano) considera o *Carnivore* como um mecanismo “perfeito” a ponto de se descobrir somente os dados ilegais e não os outros legais⁵¹. O *Carnivore* demanda ordem judicial e, partindo de palavras-chave, pode montar as mensagens fracionadas. Mais ainda, permite a captação de dados armazenados em discos, até então, “lacrados” do computador do provedor, possibilita que se siga todos os rastros de um internauta e mostra no monitor do FBI as páginas visitadas por ele⁵².

Admite-se a medida, com ordem judicial, quando houver indícios suficientes de crime e sua autoria e o método de investigação necessário à obtenção da prova, prevendo o prazo de duração da medida de 30 dias prorrogáveis por mais 30. Dispõe a lei (U.S Code, seção 18, § 2518 (7), que o requerimento da interceptação deverá conter a identidade do solicitante, do executor e do investigado; descrição detalhada dos fatos e circunstâncias que baseiam a solicitação; a natureza e localização dos aparatos interceptativos com o tipo de comunicação a ser interceptada, além de uma proposta de prazo de duração para a medida. No tocante à guarda das fitas, ficarão armazenadas em poder do juiz por um prazo de 10 anos, não podendo ser destruídas (§ 2518 (9).

⁵¹ THAMAN, Stephen. *Op cit.*, 141.

⁵² GERMAN, Christiano, *op cit.*, p. 82.

4.2.2.1 PEN REGISTER AND TRAP TRACE STATUTE

O aludido estatuto, originalmente contido no Electronic Communications Privacy Act, dispôs sobre o Pen register, que consiste na regulamentação do acesso e coleta de dados não contidos no sistema processual comum. Segundo esse diploma, permite-se, a partir de uma ordem denominada *Orden Pen/trap*, que se identifique os números de telefones de todas as chamadas efetuadas de uma linha telefônica ou mesmo as chamadas destinadas a ele. Deve, para tanto, haver ordem judicial sem maior rigor, bastando que se declare ao juiz que a informação desejada é importante para a investigação.

Com o advento do U.S. Patriot act, uma vez mais, tem-se um incremento do presente meio investigativo, estendendo a possibilidade de uso do Pen register para as redes eletrônicas como e-mails, endereços de IP. Desse modo, todas as localizações, destinos e origens de e-mails são obtidos pela ordem. Salienta John Vervaele

com o *Patriot Act*, é possível autorizar uma ordem *pen/trap* quando o objeto da investigação guarda relação com “informação secreta estrangeira” e não atinja um cidadão americano. Nos casos em que se refira a um cidadão americano, para que se possa adotar uma medida dessa natureza, o objetivo da citada ordem deve ser o da luta contra o terrorismo internacional ou a atividade clandestina, sob a condição da decretação da ordem não afete exclusivamente a aplicação da primeira emenda. Ainda assim, nessas hipóteses o critério base para sua decretação é o da verificação de um “objetivo significativo” e não meramente “do objetivo”⁵³.

Por fim, destaque-se a regra a respeito da possibilidade de ampliação automática da competência jurisdicional nesses casos, não deixando o juiz restrito apenas à sua competência originária em face do caráter interestadual das comunicações através dos servidores.

4.2.3. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES AMBIENTAIS

O U.S Code (18, § 3103), modificado pelo Patriot act, não prevê expressamente a possibilidade de interceptação de comunicações ambientais, trazendo mandamento genérico sobre buscas e apreensões secretas, conferindo poderes amplos àquele que determina a medida. Como na buscas e apreensões secretas (chamadas *sneak and peek*) há a entrada física secreta

⁵³ VERVAELE, John. *Op cit.*, p. 123.



de um agente em uma residência, passou-se a discutir se a ordem permitiria ao agente a colocação de microfones escondidos para a interceptação de comunicações entre presentes, levando a jurisprudência a estender tal possibilidade para as interceptações ambientais⁵⁴.

Com efeito, vê-se a aplicação de formal ampla das medidas interventivas no sigilo das comunicações a qualquer tipo de comunicação sempre no interesse da investigação e como medida de proteção nacional dos Estados Unidos.

CONCLUSÕES

Em conclusão, verifica-se que a ordem jurídica internacional do pós-segunda guerra buscou sedimentar uma cultura de proteção à intimidade, vida privada, ao sigilo das comunicações e à liberdade de comunicação dos indivíduos. Os países compreenderam essa evolução e inscreveram em suas Constituições a proteção à intimidade e ao sigilo das comunicações.

Diante da abertura constitucional prevendo a restrição ao sigilo das comunicações, os diversos países passaram a regulamentar esse meio de obtenção de prova, como ocorreu no Brasil, na França e nos Estados Unidos da América. As novas formas de comunicação entre as pessoas e a criminalidade organizada e terrorista incrementaram a utilização da intervenção nas comunicações entre pessoas.

De forma geral, a regulamentação legal entre Brasil, França e Estados Unidos é assemelhada em relação aos requisitos, forma, prazo e procedimento para a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas. Por sua vez, a interceptação ou captação ambiental entre presentes nos três países objeto de nossa pesquisa se dá com a necessidade de combate à criminalidade organizada e ao terrorismo, constituindo medida recente.

A jurisprudência das Cortes Constitucionais dos três países tem influência direta na edição das leis que regulamentaram a possibilidade de restrição ao sigilo das comunicações, sem a qual, certamente os países estariam utilizando forçadamente outros diplomas.

O uso excessivo das interceptações das comunicações deve ser objeto de preocupação, pois, os países têm percebido se tratar de medida extremamente eficaz na descoberta de crimes e criminosos, especialmente, no âmbito da criminalidade organizada e terrorista. Isso com a

⁵⁴ THAMAN, Stephen, *op cit*, p. 144.



chancela da jurisprudência, que tem flexibilizado os requisitos e prazos para essas medidas investigativas, tudo a justificar o combate à criminalidade complexa da modernidade.

O avanço tecnológico em favor de novas formas e instrumentos de comunicação entre pessoas tem proporcionado o uso cada vez mais frequente de formas interventivas das comunicações como meio de investigação, constatando-se uma relação diretamente proporcional entre ambos.

Finalmente, ainda que se necessite avançar nas modalidades de investigação, não se pode descurar da magnitude dos direitos que estão em jogo, intimidade, privacidade e sigilo das comunicações. Tratam-se de bens jurídicos de fruição individual de elevada estatura constitucional, verdadeiros pilares da Dignidade da pessoa humana e que devem estar na mesma balança do combate à criminalidade moderna, que não pode lastrear e justificar intromissões desproporcionais na esfera íntima dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

259

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedures: Examples and explanations*. New York: ASPEN.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do direito, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DERVIEUX, Valérie. *El sistema francés in* Meirelle Delmas-Marty (org), tradução Pablo Morenilla Allard. *Procesos penales de Europa*. Ed. Edijus, 2000.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao pacote anticrime: lei 13.964/19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

GERMAN, Christiano. *As novas leis de segurança na Alemanha e nos Estados Unidos: Efeitos para a comunicação local e global*. Revista CEJ, nº 19, Brasília, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GÖSSEL, Karl Heinz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. Trad. Miguel Polaino Navarrete. Cuadernos de política criminal. Madri: Edersa, 1991, v. 45.

GRECO FILHO, Vicente, *Interceptação telefônica*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014

GRINOVER Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhaes e FERNANDES, Antônio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, São Paulo: Saraiva, 1976.

LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

LECLERC, Henri. *Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels em France*. Revue de science criminelle et de droit penal compare. Paris: Ed. Dalloz, nº 1, janv-mars, 1992.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Atlas, 2009.

PICARD, Etienne. *La police e le secret dès données d'ordre personnel em droit français*. Revue de science criminelle et de droit penal comparé. Paris: Ed. Dalloz, nº 2, avr-juin, 1993.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Tutela processual da intimidade. In *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1998* (Coord. Geraldo Prado e Diogo Malan). Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

PRADEL, Jean. *Procédure Penale*. Paris: Cujas, 1997.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior tribunal de Justiça*, 2ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9.296/96. Interceptação telefônica. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 26, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da Lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 114/115.

SOUSA, João Ramos de. Escutas telefônicas em Estrasburgo: O ativismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Sub Judice, justiça e sociedade*, n. 28, jan/março, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THAMAN, Stephen. Patriot act: L'impatto dell'11 settembre sulla procedura penale americana. *Revista Ultima ratio*, ano 01, nº 0, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VERVAELE, John. La Legislação anti-terrorista em Estados Unidos: Inter arma silent leges. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 14, 2005.

261

Submissão: 31/05/2020

Aceito para Publicação: 24/08/2020



PERSPECTIVAS FUTURAS DA MULTA PENAL DIANTE DA LEI ANTICRIME E REMINISCÊNCIAS DE SUA APLICAÇÃO PASSADA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 3.150/STF

FUTURE PERSPECTIVES OF THE FINE PENALTY BEFORE THE ANTICRIME LAW: REMINISCENCES FROM IT'S HISTORICAL APPLICATION FOR THE OCCASION OF THE JUDGMENT OF THE ADI 3.150/STF

Flávio Augusto Maretta Sgrilli Siqueira*

RESUMO: O artigo trata da pena de multa e se objetiva tratar dos lineamentos gerais estabelecidos no Código Penal e passar a discorrer sobre aspectos polêmicos acerca dessa modalidade de pena. A questão merece uma discussão mais ampliada por força de recente decisão do STF que reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para promover a execução da pena de multa e assentou a competência da Vara das Execuções Penais. Os reflexos referentes a legitimidade, parcelamento, pagamento, extinção da punibilidade devem ser objeto de um repensar e verificar o ajuste desses elementos ao decidido na suprema corte.

ABSTRACT: This article debates the criminal fine and aims to analyse the major precepts established in the criminal code and therefore write about some controversial aspects among this sanction. The question deserves a deeper discussion because of recent decision from STF that recognized the active legitimacy from the public prosecutors to promote the execution of the fine penalty and has assented the jurisdiction of the criminal executions judge. The reflects among legitimacy, installment, payment, extinction of punishment must be object of a new thought and to verify the adjustments of this elements to the decided in the supreme court
Keywords: Sanction. Fine. Legitimacy. Payment. Punishment. Anticrime law.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Multa. Legitimidade. Pagamento. Punibilidade. Lei anticrime.

KEYWORDS: Company. Human dignity. Social function of the company. Opportunistic behavior.

SUMÁRIO: 1 A dosimetria e critérios de aplicação da pena de multa no Código Penal. 2 Apuração do valor do salário mínimo para liquidação do dia-multa e termo inicial da incidência da correção monetária. 3 Questões envolvendo legitimidade, aplicação analógica do artigo 28, do CPP, competência e procedimento. 4 Pagamento e Parcelamento do débito e a questão da extinção da punibilidade. Conclusões. Referências.

262

1 A DOSIMETRIA E CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal estabelece nos artigos 48 *usque* 52 e 58 a 60 a existência e a criação de critérios que orientam o juiz na aplicação da pena de multa.

A multa penal possui evidente natureza de pena criminal, portanto, aplicam-se todas as limitações principiológicas decorrentes desse ramo (PRADO, 2019, p. 321).

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Doutor em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Granada, na Espanha. Mestre em Direito Penal e Tutela dos interesses supraindividuais na Universidade Estadual de Maringá, no Paraná, no Brasil. Professor nas Faculdades Integradas Libertas em São Sebastião do Paraíso, Minas Gerais, no Brasil.

O mecanismo adotado para fins de sua cominação é aquele do dia-multa¹, onde o legislador prevê que ela será de, no mínimo, dez e no máximo trezentos e sessenta dias. A legislação penal também se preocupou em assentar que o valor do dia-multa será fixado em valores que oscilam de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato e não será superior a cinco vezes o mesmo.

A dosimetria da pena de multa é realizada em conformidade com a previsão legislativa de sua admissão no tipo penal e com os critérios abaixo indicados, onde o juiz “estabelece um número determinado de dias-multa, segundo a culpabilidade do autor e considerações de ordem preventiva” (PRADO, 2019, p.324).

Opera-se o ajuste entre injusto/culpabilidade e circunstâncias pessoais/econômicas (PRADO, 2019, p.324), o que é ainda mais adequado quando se sopesa que é possível levar em consideração a condição econômica do sentenciado para elevar a pena na forma do artigo 60, § 1º, do CP.

Não se pode presumir o patrimônio do requerido, sendo que se exige comprovação real da situação econômica para fins de majoração da pena de multa no seu triplo, ainda quando assentada a pena de multa no valor de trezentos dia-multa tomando por base o valor do dia-multa como cinco salários mínimos, como dispõem os artigos 49, § 1º c.c 60, § 1º, do Código Penal.

O juiz, ao realizar a dosimetria da pena, deverá se orientar pelas condições econômicas do acusado como determina o artigo 60, do Código Penal. Todavia, a questão envolvendo a condição econômica dele deve ser verificada concretamente com arrimo nas regras de distribuição da prova descritas no artigo 155, do Código de Processo Penal.

A hipótese ventilada é possível quando apurada a ineficácia da aplicação da pena de multa.

A lei penal prevê, ao fim, no artigo 60, § 2º, do Código Penal, a possibilidade da aplicação isolada da pena de multa quando cominada pena privativa de liberdade em limiar temporal inferior a seis meses, desde que o acusado não seja reincidente em delito doloso e a

¹ Luiz Regis Prado diz que ele “consiste em determinar a pena de multa não por uma soma em dinheiro (quantidade fixa), como no sistema tradicional, mas por um número de unidades artificiais (dias-multa), segundo a gravidade da infração. Cada dia-multa equivalerá a certo valor pecuniário (importância em dinheiro), variável de acordo com a situação econômica do condenado” (2019, p.324).



culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

De modo interessante, a lei penal consagra que o valor do salário será o maior vigente na época da prática do fato delitivo. O parâmetro legal é o maior salário, logo, indaga-se o valor do maior salário poderia contemplar inclusive o valor do maior salário fixado por leis estaduais?

Alguns estados da federação possuem legislação específica que prevê valores diferentes a título de salário, ou seja, é perfeitamente possível que estados federados fixem valores maiores de salário do que aquele previsto em lei federal que serve de referência nacional. É o que ocorre, por exemplo, no estado de São Paulo.

Temos que se admitida a aplicação do maior salário há de se verificar se ocorre a vinculação entre o local da infração penal e o valor fixado pelo salário naquele estado. Ou seja, se cometido o delito em um estado federado que possui salário mínimo assentado em lei estadual própria, porém, com valor mais alto, poder-se-ia considerar esse valor mais elevado em detrimento da lei federal.

Todavia, ao nos depararmos, com estado que não possui lei estadual específica aplicar-se-á o critério federal, mas não do de outro Estado.

A hipótese implicaria em violação ao princípio da isonomia, logo, temos que hoje adota-se o valor do salário mínimo nacional como referência para a pena de multa.

Lado outro, tem-se que a lei penal admite a duplicidade de cominação de penas de multa na hipótese da previsão no preceito secundário de pena de multa e pena privativa de liberdade, bastando que o juiz ao realizar a dosimetria atendidos os requisitos do artigo 44, § 2º, do CP (BRITO, 2013, p.304).

De igual maneira, caso seja cominada pena privativa de liberdade com posterior reconhecimento da detração na forma dos artigos 42, do CP e 387, IV, do CPP, poderemos cogitar na hipótese de aplicação da pena de multa (BRITO, 2013, p.305), caso aquela seja objeto de substituição na sentença (ROIG, 2016, p.423) ou posterior objeto de alteração na execução penal na forma do artigo 66, da LEP.

Na hipótese retromencionada temos que ainda que seja um dia o tempo de prisão processual efetivamente cumprido ele seria suficiente para promover o reconhecimento não de detração, mas sim, da extinção da punibilidade na forma do artigo 59, do CP porque “nenhuma subtração de tempo existencial de um ser humano, seja a que título for, pode passar em vão” (ROIG, 2016, p.463).



O autor prosseguiu dizendo que: “Em respeito as diretrizes e fundamentos do Estado Democrático e Republicano de Direito, a primazia do estado deve ceder espaço à precedência e ascendência substanciais do indivíduo” (ROIG, 2016, p.463) e também pela falta de necessidade de aplicação da pena.

Certo é que não é admitida a execução antecipada da pena de multa (ROIG, 2016, p.461; SALVADOR NETTO, 2019, p.276), o que é reforçado pelo recente entendimento do STF sobre a presunção de inocência tomado nas ADC's 43 e 44 que restaurou a interpretação literal do dispositivo constitucional.

2 APURAÇÃO DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO PARA LIQUIDAÇÃO DO DIA-MULTA E TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Há de sopesar que, ao nosso sentir, o correto seria o valor vigente na época da sentença, ressalvado se o valor do salário for inferior por ocasião da fase de execução da pena em função do critério já ser assentado legalmente.

A oscilação para maior do salário mínimo propiciaria um agravamento da situação jurídica do reeducando, logo, o que deve preponderar é aquele vigente na época da sentença, com a ressalva acima indicada.

O valor da pena de multa será objeto de correção monetária, onde se aplicarão os mesmos critérios adotados para fins de atualização dos créditos tributários previstos em lei, o que restou reforçado com nova redação do artigo 51, do CP.

No que versa do fator de atualização nos afigura correta a lição onde a sua incidência inicia com a modificação do *status* para condenado, ou seja, com o trânsito em julgado da sentença e o oferecimento dos dez dias para seu pagamento na forma do artigo 164, da LEP (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p.802; ROIG, 2016, p.463).

Ressalta-se que o posicionamento não é uniforme, uma vez que existe quem defenda que o prazo é contado a partir da “data do fato delitivo, pois foi nesse momento em que ocorreu a lesão ao bem jurídico tutelado. A decisão judicial que lhe é posterior só reconhece a situação jurídica já consumada” (MARCÃO, 2019, p.288) ao passo que outros sustentam ser o trânsito em julgado (BRITO, 2013, p.305).

A nosso sentir, o posicionamento correto seria aquele que computa a correção monetária a partir do que determina o artigo 164, da LEP, uma vez que é a partir daquele momento que se

consolidou a situação jurídica do reeducando, ou seja, trânsito em julgado mais a intimação para pagamento em dez dias.

3 QUESTÕES ENVOLVENDO LEGITIMIDADE, APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 28, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COMPETÊNCIA, PROCEDIMENTO

Transitada em julgado a sentença condenatória, a pena de multa será conhecida como dívida de valor e seguirá os mesmos critérios de execução das dívidas de valor da Fazenda Pública, ou seja, seguirão as regras da cobrança de dívida da fazenda pública.

A despeito da impossibilidade de a pena de multa ser convertida em pena de prisão em razão do inadimplemento temos que ela foi transfigurada e convertida em verdadeira sanção civil com perda de sua identidade (NUCCI, 2019, p.210).

Assim sendo, temos que emergem duas questões basilares a serem respondidas: a.) qual seria o legitimado ativo para promover sua execução e b.) se aplicaríamos os critérios fazendários para fins de execução administrativa não contenciosa do crédito?

A legitimidade ativa originariamente pertencia a Procuradoria da fazenda pública (PRADO, 2019, p.326; MARCÃO, 2019, p.28/282) da justiça que processou o feito, logo, com a coisa julgada penal se expedia uma certidão na Vara Criminal, intimava o executado para pagamento, sob pena de inclusão na dívida ativa cuja receita é vinculada ao Fundo Penitenciário².

Ultrapassado o prazo sem pagamento, a certidão era remetida ao órgão fazendário que tomava as medidas que reputava adequadas para satisfação do crédito, inscrevendo em dívida ativa para execução via LEF ou promovendo a execução administrativa extrajudicial, o que era errado em virtude da multa possuir natureza penal, o que atrai sua “**natureza jurisdicional**, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve” (MARCÃO, 2019, p.31 – g.o).

² Na legislação podemos encontrar outros fundos coletivos como destinatários da pena de multa, a saber, o FUNAD (Fundo Nacional Antidrogas) na Lei 11.343/06. Temos que ao verificarmos a Lei 13.500/17 encontramos que as receitas do FUNPEN “também passou a ter possibilidade de sua utilização em questões de segurança pública, o que, a princípio, não seria sua vocação” (SALVADOR NETTO, 2019, p.275). Tem razão o autor e, como exemplo, disso verificamos o artigo 3º, IV, da antedita legislação que assinala a possibilidade de destinar verbas do FUNPEN para aquisição de material permanente, equipamentos, veículos especializados destinados à segurança do estabelecimento prisional.

Todavia, o STF recentemente mudou de entendimento para dizer que a legitimidade nestes casos pertenceria ao Ministério Público, posto que ainda que transmutada em dívida de valor, a multa não perderia sua essência de pena de natureza criminal e apenas em noventa dias de modo supletivo poderia a fazenda pública executar o débito.

Nessa senda, o acórdão do STF:

EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DE MULTA. LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão “aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980. (STF. ADI 3150, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019)³.

267

A decisão do STF deixava claro alguns problemas do sistema de precedentes no direito brasileiro, posto que o STF fixou expressamente atribuição não dita diretamente na LEP para o Ministério Público, ainda que indiquemos o acerto dessa opção. Cria atribuição para a procuradoria da Fazenda em descompasso com a necessidade de criação de lei em sentido estrito para estabelecer suas atribuições.

³ A decisão do STF afastou a Súmula 521, do STJ: “A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública”.

O efeito *erga omnes* e vinculante da decisão modifica o panorama normativo e cria atribuições sem que haja a previsão legislativa, o que acaba por incorporar um número grande de situações sem o devido respaldo legal cujo desatendimento pode desvelar outros problemas para os intérpretes da lei.

Posto isso, a execução caberia ao membro do Ministério Público oficiante as Execuções Criminais mover a respectiva execução e não a outro com assento em atribuições cíveis. Temos que a atribuição seria do membro do MP que atua junto as execuções penais em função da natureza do crédito constituído e por caber a ele a fiscalização do cumprimento da pena por força de suas atribuições legalmente previstas na LEP.

O acerto da decisão no que cuida do reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público é evidente pelo fato da pena de multa ter natureza penal (NUCCI, 2019, p.211), apesar de ser convertida em dívida de valor⁴.

Porém, assenta a legitimação subsidiária da Fazenda Pública, caso o Ministério Público não maneje a via executiva em noventa dias, sem que haja previsão legal nesse sentido, portanto, extravasa os estreitos limiares do já tão fustigado princípio da legalidade e enfrenta o princípio da separação dos poderes e inclusive é suicida por permitir que terceiro que não o Ministério Público exerça parcela da execução penal em afronta ao artigo 129, I, da CF.

Aliás, nisso surgia a possibilidade do juízo da execução penal aplicar por analogia, antes da entrada em vigor do pacote anticrime, do artigo 28, do CPP na hipótese de inércia injustificada do titular da via executiva em manejar a execução da pena de multa ao invés de, imediatamente, remeter o feito para a procuradoria fazendária até mesmo pela impossibilidade de aplicação da regra da ação penal privada subsidiária da pública na fase de execução de pena pelo titular sempre ser o Estado (MARCÃO, 2019, p.33).

Todavia, a LEP prevê que o juiz deve agir de ofício em algumas situações de execução de pena *ex vi legis* dos artigos 105, 147 e 171, da antedita lei, porém, nada diz sobre a pena de

⁴ Guilherme de Souza Nucci verbera que existem muitos elementos que contraindicam a execução fiscal ser realizada pelas procuradorias fiscais nas Varas das Execuções Fiscais: “a) a multa penal deve ser cobrada com todo o empenho possível, ainda que de baixo valor, para não gerar o indevido sentimento de impunidade, afinal, trata-se de condenação na esfera criminal, muitas vezes substitutiva da pena privativa de liberdade; b.) o excesso de execuções fiscais e os valores baixos das multas estabelecidas desestimulam os procuradores e demais agentes da execução fiscal a promover a respectiva cobrança; c.) a certidão de dívida ativa não contém dados do processo criminal que a originou, de modo que, quando o executado morre, não se sabe a quem remeter o feito para que seja julgada extinta a punibilidade. Na prática, tem-se arquivado a execução, permanecendo em aberto a questão penal” (NUCCI, 2019, p.211). Adere-se o risco de inobservância do princípio da pessoalidade das penas em razão da ausência de informações precisas sobre a natureza do débito ser criminal.

multa. Logo, antes da reforma penal, víamos como cabível a aplicação por analogia⁵ do artigo 28, do CPP antes de remeter os autos da procuradoria do estado ou remetê-lo simultaneamente para que o Ministério Público se valendo do artigo 29 para reassumir a condição de *dominus litis*.

Atualmente, por força da Lei 12.964/19, tem-se que houve sensível modificação do sistema de arquivamento do inquérito policial, logo, todos os entendimentos que buscavam sua aplicação análoga terão que ser revistos.

Assim sendo, nos lindes do problema apresentado dentro da pena de multa, seria caso do juiz oficial o MP para cumprir sua atribuição prevista no artigo 67, da LEP. Caso haja o silêncio do membro do Ministério Público, o juiz poderá oficial ao Procurador-Geral para que ele tome ciência da situação e promova dentro do âmbito da instituição a solução para a questão.

Emergem disso outros pontos a serem aclarados, qual seria o juízo competente para receber a execução? A execução da pena de multa dar-se-ia dentro da Vara de Execuções Penais ou perante um juízo cível?

A competência seria do primeiro órgão jurisdicional indicado, vez que a pena de multa deve ser fiscalizada pelo juiz das execuções penais e pelo MP da área de execuções *ex vi legis* dos artigos 66 e 67, da LEP, do próprio precedente do STF dizer que na hipótese da execução ser realizada pelo Ministério Público, a tramitação ocorrerá na Vara de Execuções Penais⁶.

Portanto, a execução ocorreria dentro do próprio processo de execução de pena ou como um incidente em razão do rito diferenciado (BRITO, 2013, p.307), seguindo as diretrizes do CPC quanto ao cumprimento de sentença, penhorabilidade, mas não em compasso com as regras da Lei de Execução Fiscal⁷ malgrado haja resistência doutrinária nesse sentido (ROIG,

⁵ Pensando dessa forma o STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. POSICIONAMENTO DIVERGENTE ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E MAGISTRADO. TENTATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE ARQUIVAR A QUESTÃO EM DETERMINADA ESFERA. ARQUIVAMENTO INDIRETO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 28 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Havendo divergência de posicionamento entre o Ministério Público e o magistrado, no sentido de que o membro do Parquet entendeu que não possuía atribuição para oficial no feito, requerendo a remessa para outra esfera judicial, e, ao contrário, o magistrado considerou-se competente para tal finalidade, opera-se uma tentativa do Ministério Público de arquivar a questão perante a Justiça Castrense, com consequente remessa dos autos à Justiça Comum Estadual, que deve ser entendida como um arquivamento indireto, a receber, por analogia, o tratamento designado nos artigos 28 do Código de Processo Penal e 397 do Código de Processo Penal Militar. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1550432/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016)

⁶ Contrariamente antes do pacote anticrime: PRADO, Luiz Regis. 2019, p.326.

⁷ Admitindo as regras da LEP naquilo que for compatível: NUCCI, 2019, p.211.

2016, p.462), até mesmo porque para a execução fiscal seria necessário inscrever o valor da multa penal via certidão da dívida ativa.

A matéria deveria ter sido pacificada em decorrência da alteração de legitimidade realizada pelo STF.

Temos ainda outros reflexos, por exemplo, se a competência fosse de juiz de vara de execuções fiscais, da fazenda pública ou cível não haveria a possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais em favor do Ministério Público, uma vez que o artigo 128, parágrafo quinto, II, da Constituição Federal veda tal percepção.

4 PAGAMENTO, PARCELAMENTO DO DÉBITO, IMPENHORABILIDADE E A QUESTÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O pagamento da pena de multa é exigido para declaração da extinção da punibilidade e, inclusive, em alguns delitos, é exigida para fins de progressão de regime e pode autorizar a regressão em decorrência do inadimplemento deliberado quando verificada condição de promover sua quitação⁸.

Tem-se que a decisão é *contra legem*, visto que o artigo 112, da LEP nada diz acerca disso, portanto, desde que preenchidos os demais requisitos legais (PRADO, 2019, p. 325) não se pode denegar a concessão de benefícios no curso da execução de pena⁹ e tampouco deve-se interpretar o inadimplemento voluntário como sinônimo de falta de bom comportamento porque ele é “conceito normativo que se refere à disciplina interna do cárcere, não possuindo relação alguma com penas diversas da privação da liberdade” (SALVADOR NETTO, 2019, p.280).

⁸ Nessa seara: EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PAGAMENTO PARCELADO DA PENA DE MULTA. REGRESSÃO DE REGIME EM CASO DE INADIMPLEMENTO INJUSTIFICADO DAS PARCELAS. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Precedente: EP 12-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 2. Hipótese em que a decisão agravada, com apoio na orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, condicionou a manutenção da sentenciada no regime semiaberto ao adimplemento das parcelas da pena de multa. 3. Eventual inadimplemento injustificado das parcelas da pena de multa autoriza a regressão de regime. Tal condição somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica em pagar as parcelas do ajuste. 4. Agravo regimental desprovido. (STF. EP 8 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 19-09-2017 PUBLIC 20-09-2017)

⁹ Alamiro Velludo Salvador Netto pontua que: “...verifica-se uma total confusão entre penas que são, juridicamente, distintas e incomunicáveis. No caso da *multa cumulativa*, o condenado está legalmente sujeito a duas punições diversas, com regimes e critérios diferentes, além de sistemáticas executórias próprias. Uma não pode gerar efeito sobre a outra, pois a privação da liberdade e multa são, factual e juridicamente, autônomas” (SALVADOR NETTO, 2019, p.280).

Todavia, quando o reeducando cumpre a pena privativa de liberdade temos que o inadimplemento por carência financeira da pena de multa não pode obstaculizar o reconhecimento da extinção da punibilidade, o que inclusive implicaria em dificuldades para a ressocialização em virtude da falta de certidão negativa, o que promove a “suspensão indeterminada da chamada ‘prescrição da reincidência’” (ROIG, 2016, p.563).

No que cuida dos parâmetros administrativos da execução, ou seja, os critérios adotados pela administração pública para fins da eleição da via executiva, ou seja, se os critérios de política fiscal determinam que a execução seria administrativa ou judicial temos para nós que eles não se aplicam para o Ministério Público.

O motivo é que a pena de multa mantém sua natureza criminal, logo, vigoram os princípios da indisponibilidade e da oficiosidade e somente poderia ser dispensada a execução mediante disposição legal que quebre a obrigatoriedade da execução, como dessume da regra da discricionariedade regrada, a qual inexistente em matéria de execução penal, ressalvados os acordos de colaboração premiada firmados após a condenação.

Diga-se de passagem, os critérios de política fiscal não podem gerar um entrave e projetar seus efeitos sobre a execução da pena criminal e sequer poderiam ser aplicados em relação a própria procuradoria do Estado ou Fazenda Nacional em função de possuir origem de pena.

Até mesmo a concessão de anistia fiscal pelo ente federado não pode alcançar a pena de multa, uma vez que o artigo 180, I, do CTN veda a concessão dela em se cuidando de atos qualificados como crimes ou contravenções e, a multa penal, nada mais é, que a consequência de uma infração penal.

O campo de incidência natural do CTN são os fatos geradores de tributos, o que repeliria a multa penal que têm natureza de ser dívida não tributária¹⁰.

Lado outro, poderíamos sustentar a sua aplicabilidade às multas penais, ao recordarmos que a lei penal aponta que a multa seria dívida de valor e que a legislação tributária diz da infração tributária ser qualificada como delito ou contravenção penal, o que não poderia ser ampliado para alcançar a multa penal.

¹⁰ Repelindo a incidência do CTN a dívidas não tributárias vide: BRASIL. TRF4, AG 5038454-48.2019.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS, juntado aos autos em 10/10/2019.

A lei deveria regulamentar especificadamente a questão ao invés de deixar em aberto para a jurisprudência dirimir isso, mas, enquanto não sobrevém a uniformização de critérios, o adequado, ao nosso sentir, deveria vir um ato normativo do Procurador-Geral ou normatização do Conselho Nacional do Ministério Público para orientar a atuação de seus membros.

O juiz da Vara de Execuções Penais pode permitir o parcelamento mensal da dívida como se apura do artigo 50, do Código Penal, porém, não assentou a legislação um referencial para que o juízo realize tal tipo de parcelamento.

De outro lado, nada impede que o juiz fixe critérios, inclusive mais benéficos do que aqueles adotados para o parcelamento de débitos tributários, onde o julgador poderá se orientar quanto a condição econômica do reeducando podendo inclusive o Ministério Público exigir demonstração da condição financeira para mensurar o parâmetro do parcelamento.

Por se cuidar de dívida de valor, apesar de ser pena de natureza criminal, havia quem defendesse a aplicação de critérios estabelecidos na legislação penal para fins de causas suspensivas e interruptivas da prescrição e não aqueles típicos do direito tributário¹¹ (PRADO; HAMMERSCHMIDT; MARANHÃO; COIMBRA. 2013, p.231).

Todavia, a questão não era pacífica, visto que temos quem defenda em sentido oposto a possibilidade de incidência dos prazos tributários (SALVADOR NETTO, 2019, p.271) referentes as causas de interrupção e prescrição da pretensão executória, ou seja, lapso de cinco anos do artigo 173, do CTN (BRITO, 2013, p.308; ROIG, 2016, p.461) até mesmo com arrimo no Código Penal, o que prevaleceu por força do novo artigo 51, desta última lei.

Ao nosso sentir, o correto será a avaliação no caso concreto, visto que ao seguirmos o artigo 114, do Código Penal verificamos inicialmente o prazo de dois anos ou aquele idêntico ao da pena privativa de liberdade em que houve a substituição e na legislação tributária temos que o prazo será de cinco anos.

Cotejando-se os dois marcos deve-se verificar qual será mais benéfica ao sentenciado, visto que, malgrado seja dívida de valor ela não perde sua natureza penal como já dito anteriormente e esse critério é um vetor interpretativo da lei penal.

¹¹ Anota Luiz Regis Prado que: “A respeito da prescrição executória da pena pecuniária, no caso de a sua execução pela Fazenda Pública quando de condenados solventes que não efetuaram seu pagamento após a devida notificação, isso não implica seu desligamento dos preceitos que regem a matéria penal. De fato, é perfeitamente aplicável, na execução da pena de multa, o prazo prescricional consignado no artigo 114 do Código Penal. Por outro lado, figura como inadmissível a aplicação do disposto no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal, que prevê a suspensão indefinida do lapso prescricional até que o devedor tenha bens suficientes para suportar a penhora,, posto ser inconciliável com qualquer sanção de natureza penal o caráter de perpetuidade” (PRADO, 2019, p.326).

Consequência disso é que ela é “rigorosamente pessoal, não se transmitindo aos herdeiros do réu ou a terceiros” em decorrência do princípio da pessoalidade das penas e em nada se confundem com as demais sanções pecuniárias de outros ramos do direito (PRADO, 2019, p.322; BRITO, 2013, p.308; SALVADOR NETTO, 2019, p.278).

A multa, na forma do que autoriza o artigo 50, § 1º, *a usque c*, do Código Penal, pode ser executada mediante desconto no salário ou vencimento do reeducando quando ela for aplicada isoladamente; de modo cumulado com pena restritiva de direitos ou quando for concedida com suspensão condicional da pena.

Outro ponto a se aclarar é acerca da incidência ou não das regras de impenhorabilidade previstas no CPC, visto que como estamos diante de dívida de valor, os limites de penhorabilidade seriam os da lei civil, portanto, como poderia a lei penal, de modo válido, afastar as restrições para recebimento de crédito assentadas no princípio do menor sacrifício do devedor como, por exemplo, artigos 835 e 854, do Código de Processo Civil?

Poder-se-ia argumentar que, muito embora a pena de multa seja considerada dívida de valor, poderia o legislador penal repelir com amparo nas teorias da pena, notadamente, na prevenção especial negativa, a aplicação destes critérios do Código de Processo Civil quanto a impenhorabilidade.

Lado outro, se contra-argumentaria corretamente sob o fundamento de que estaríamos diante de quebra da isonomia com tratamento diferenciado entre pessoas que são devedoras do Estado e também porque seria paradoxal com o que prevê o artigo 50, § 2º, do Código Penal que veda o desconto sobre bens indispensáveis ao sustento do reeducando e de sua família já que essa é a lógica que inspira a impenhorabilidade na sistemática do CPC.

Adere-se a isso o fato de que se há a admissão que a pena também teria função ressocializadora, pela prevenção geral positiva, dever-se-ia admitir a impenhorabilidade e se torna questionável, notadamente para reeducandos hipossuficientes, a inscrição em cadastros de inadimplentes com força nos artigos 517, § 1º, 2º e 782, § 3º a 5º, do CPC.

Na existência de ação de execução que siga pelo rito da LEF junto a uma das varas cíveis calha dizer que com a superveniência do entendimento do STF e a atual redação do artigo 51, do CP, há a perpetuação da jurisdição pelo reconhecimento da competência ou teríamos necessariamente a extinção sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte?

A nós, trata-se de, inicialmente, o juiz intimar o Ministério Público para assumir a titularidade do feito executivo, uma vez que a ação é de titularidade dele. Caso ele não se

manifeste no prazo legal do CPC, aí poder-se-ia cogitar em extinguir por ilegitimidade de parte ou remeter o processo a Vara de Execuções Penais, mas sem margem para se aplicar a subsidiariedade que legitima a intervenção da procuradoria fazendária pela redação peremptória do artigo 51, do CP.

Em outro plano, caso o juiz cível reconheça a prescrição, em compasso com as regras do CTN ou o pagamento determinando a extinção com amparo no artigo 924, do CPC, a decisão operaria a extinção da punibilidade *ipso facto* ou dependeria de decisão do juiz criminal?

A decisão de extinção pertence ao juiz criminal devendo o juiz cível reportar cópia de sua decisão com cópia do trânsito em julgado para o juiz da VEP para que ele possa decretar com amparo no artigo 66, II, da LEP a extinção da punibilidade.

5 AS ALTERAÇÕES NA SISTEMÁTICA DA MULTA ADVINDAS DO PACOTE ANTICRIME

Nas linhas anteriores apontamos a sistemática da pena de multa e doravante iremos verificar o que fora modificado no precedente do vinculante da alta corte constitucional (STF. ADI 3150) em função da modificação do paradigma legislativo no artigo 51, do Código Penal.

O precedente do STF indicava em tese, com efeitos vinculantes, que a execução correria na Vara de Execuções Penais¹², o que fora corroborado pela modificação legislativa. Assim, resta fulminada a competência cível para julgamento de todos executivos fiscais que versem sobre a cobrança de multas penais.

Com a modificação da lei penal temos que os feitos em curso seriam remetidos a Vara de Execuções Penais ou seriam mantidos no juízo cível? Tem-se que haverá quem defenda a preservação da competência pela estabilização da lide com a *perpetuatio jurisdictionis* (SOUZA; LINS, 2020, p.16); outros que sustentarão que o feito deverá ser remetido incontinenti para a Vara de Execuções Penais pela aplicação imediata da alteração de competência já que se cuida de matéria do juízo penal, malgrado regulamentada em partes pelo direito tributário.

¹² Contrários a VEP julgar isso e indicando risco de alargamento da lentidão do sistema de cumprimento de pena no Brasil (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p.9; DE BEM; MARTINELLI, 2020, p.1145).

Nessa segunda possibilidade, a qual assentimos, dever-se-ia aproveitar todos os atos processuais anteriormente realizados? Teremos aqueles que concordarão com o aproveitamento dos atos anteriores com arrimo no artigo 2º, do CPP (VACCARO, 2020, p.21).

Porém, há de se realizar uma observação porquanto estamos diante de manutenção de atos em que há um defeito de legitimidade, visto que a maioria esmagadora das execuções fiscais era levada a efeito pelas respectivas procuradorias do estado e não pelo MP, como deverá ser doravante, logo, não estaríamos diante de ilegitimidade de parte, a qual conduziria forçosamente a aplicação do artigo 485, VI, do CPC.

O legislador poderia ter criado um parágrafo único para tratar dessa questão evitando a necessidade do manejo de nova ação ou estabelecendo um dispositivo semelhante ao existente da sucessão de legitimados na LAP e na LACP e expressamente regulamentando essa transição de competência e aproveitamento dos atos.

A decisão do STF que dizia ser a competência suplementar das Varas de Execuções Fiscais não mais subsiste em função do estabelecimento peremptório da competência da Vara de Execuções Penais, a qual foi mal alocada nesse dispositivo, posto que deveria ter sido encartada dentro das atribuições do juiz na execução de pena no artigo 66, da Lei 7.210/84.

Todavia, a alteração legal poderia ter se aprofundado para pacificar outras questões além da competência como se verá, porém, resolveu outras ao assentar de modo claro que a competência sempre será da Vara de Execuções Penais, o que repele a decisão do STF, a qual, nesse particular, era inquinada de inconstitucional por violar o artigo 22, da CRFB que assenta ser competência da União legislar sobre processo civil.

A nova redação do artigo 51, do CP disciplinou que serão adotadas as regras referentes à dívida ativa, inclusive no que cuida das causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Ou seja, tratou expressamente da questão de direito material remetendo o intérprete as regras do Código Tributário Nacional, afastando aquelas do Código Penal e aqui remetemos o leitor ao momento em que vislumbramos a necessidade da avaliação casuística da norma aplicável com arrimo na legislação que concretamente ofertava um tratamento mais benéfico ao sentenciado.

Poderia o legislador ter se preocupado em deixar explícito também a questão que envolve o direito processual para dizer que incidem as regras da Lei 6.830/80 (VACCARO, 2020, p.21) em abandono ao rito da Lei de Execução Penal. Lado outro há quem defenda que se aplica a Lei 7.210/84 com a aplicação supletiva da Lei 6.380/80 (CUNHA, 2020, p.22) e outros como nós que defendem a aplicação estrita do CPC pelo silêncio legislativo.

Como o legislador novamente foi lacônico, a matéria ainda haverá de ser pacificada.

Outro ponto que deveria ter sido esclarecido expressamente nos remete ao fato de que o cumprimento da pena conduzia a extinção da punibilidade e o inadimplemento da multa era executado no juízo cível. Como agora há a concentração do fato na Vara de Execuções Penais, com o Ministério Público como titular da ação, como será tratada a questão do não pagamento da pena de multa?

Há quem validamente sustente que a reforma deveria ter encampado entendimento jurisprudencial do STJ para permitir a extinção da punibilidade ainda que inadimplente a multa penal¹³, o que nos soa correto até mesmo porque defender tese contrária implicaria em perdurar os efeitos da pena pela carência de recursos e ignorar o Pacto de San José da Costa Rica (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p.1148) que veda a prisão civil por dívida, hipótese que contempla também a multa substitutiva¹⁴ do artigo 44, § 2º, do Código Penal.

¹³ Há quem defenda que: “O silêncio legislativo neste aspecto poderá provocar discussões, sendo que se tratava de uma providência político-criminal simples de positivação em lei que seria de grande importância para a maioria esmagadora dos egressos e das egressas do sistema carcerário que, sem a declaração de extinção de punibilidade da multa, ainda que cumprida a pena de prisão, permanecem com seus direitos políticos suspensos, o que reflete na dificuldade de retomar não só a cidadania plena, mas também retornar ao mercado de trabalho por não possuírem documentos obrigatórios para o registro de emprego formal” (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p.9).

¹⁴ Nesse sentido é o STJ pela impossibilidade de conversão da pena de multa em privativa de liberdade: PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL. MULTA SUBSTITUTIVA. ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. MULTA CUMULATIVAMENTE APLICADA COM PENA RESTRITIVA DE DIREITO EM RAZÃO DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INADIMPLEMENTO DA MULTA SUBSTITUTIVA. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. DÍVIDA DE VALOR. MULTA SUBSTITUTIVA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO PENA RESTRITIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ART. 43 DO CÓDIGO PENAL. EQUIPARAÇÃO À PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA DISTINTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - No presente caso, a d. Juíza da Execução e o eg. Tribunal de origem consideraram, equivocadamente, que a multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, do Código Penal, seria uma espécie de pena restritiva de direito, cujo descumprimento autorizaria a reconversão em privativa de liberdade. II - Contudo, a multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, do Código Penal, não está elencada no rol taxativo das penas restritivas de direitos fixado no art. 43 do Código Penal. Ademais, a multa substitutiva também não pode ser considerada como uma espécie de prestação pecuniária, pois tem natureza jurídica e finalidade diversa. Enquanto a prestação pecuniária destina-se ao pagamento de indenização à vítima do delito, ou de seus dependentes, sendo fixada em salários mínimos, a pena de multa substitutiva destina-se ao fundo penitenciário, sendo fixada em dias-multa. III - A multa substitutiva (alternativa) prevista no art. 44, § 2º, do Código Penal, aplicada isolada ou cumulativamente com pena restritiva de direitos, trata-se de uma espécie de pena de multa, razão pela qual se submete ao mesmo regramento conferido à pena de multa originária prevista no preceito secundário do tipo penal. Logo, a multa substitutiva constitui dívida de valor, sendo inviável a sua conversão em pena privativa de liberdade em caso de inadimplemento, nos termos do art. 51 do Código Penal. Precedentes. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para cassar a r. decisão da d. Juíza da Execução que converteu a pena de multa substitutiva em pena privativa de liberdade, determinando-se ainda a revogação do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente. (STJ. HC 387.259/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/08/2017).

CONCLUSÕES

O reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público para a execução da pena de multa pelo STF representou uma significativa modificação na forma de se enxergar a mesma, uma vez que o juízo da VEP será competente para a execução afastando a competência do juízo cível e afastando a aplicabilidade daquela decisão.

A decisão do STF foi contraditória porque temos que a execução penal é de titularidade do Ministério Público por ser derivação da ação penal, logo, não se admitiria a delegação da execução da pena de multa, com natureza criminal, a órgão estranho ao mesmo ainda que ela seja reconhecida dívida de valor.

Felizmente, a dicotomia da decisão do STF foi superada pela nova redação do artigo 51, do Código Penal que reafirmou a legitimidade do Ministério Público sem qualquer alusão a fazenda pública.

O juízo da execução penal poderia no silêncio do Ministério Público invocar o artigo 28, do CPP por analogia, mas como houve a alteração da sistemática do arquivamento, caberá a ele officiar ao Procurador-Geral para cumprimento do artigo 68, II, *a*, da LEP para que esse possa determinar a execução da pena de multa em função da impossibilidade de aplicação do artigo 5º, LIX, da CF.

As execuções penais deverão ser ajustadas ao rito do CPC e não em obediência à Lei 6.380/80, o qual inclusive apresenta preceitos que conflitam com regras comezinhas de direito penal, ressalvados os casos em que já houver inscrição do débito em dívida ativa, onde se pode realizar a execução em conformidade com essa lei, desde que não aplicados os dispositivos da lei que conflitam com a principiologia penal.

A questão ganha contornos relevantes porque o artigo 51, do CP trata da aplicabilidade das normas relativas à dívida ativa da fazenda pública, mas ignorando que a execução se dará no ambiente penal, sob a principiologia deste.

Logo, como faríamos com situações em que nos depararmos, por exemplo, com excesso de execução, com o recurso cabível na execução da multa pelo silêncio do artigo 66, da LEP e o princípio da taxatividade recursal?

Aplicar-se-ia, por analogia, o entendimento do STJ referente a mitigação do rol taxativo das hipóteses de agravo de instrumento no cível¹⁵. Cremos que seria nesse caso hipótese de incidência do agravo em execução do artigo 197, da LEP por força das questões que envolvam a pena de multa serem agora resolvidas no juízo criminal.

Se a pena tem natureza individual e o Ministério Público penhora bens de terceiro, como ele irá se defender de eventual constrição ilegal de bens? Embargos de terceiro, mandado de segurança ou Embargos à Execução do artigo 16, da LEF. Serão cabíveis os embargos do artigo 34, da mesma lei?

Por isso não bastaria prever a aplicação das regras da dívida ativa da fazenda pública, para nós como dito alhures seria o CPC, mas sim, fazer o ajustamento da questão em tópico específico dentro da Lei 7.210/84 regulamentando todas essas questões derivadas evitando o desgaste em longas discussões jurisprudenciais.

Em obediência a natureza jurisdicional da execução penal temos que era totalmente ilegal a execução administrativa dos créditos promovida pela Fazenda Pública já que malgrado seja dívida de valor, não perdia a natureza de ser pena criminal, a qual não poderá ser repetida pelo Ministério Público até mesmo por implicar na imposição de novas restrições para além da pena prevista na sentença.

A conversão em dívida de valor não suprime sua origem assentada de pena criminal. Dentro da organização judiciária temos que vários tribunais possuem varas privativas da Fazenda Pública e algumas delas inclusive varas especializadas para execuções fiscais.

O juízo da Vara das Execuções Penais irá absorver toda essa demanda represada de cobrança de penas de multa e, ainda, sem o filtro da execução administrativa, pelo caráter de ser pena privativa de liberdade.

A depender iremos ver a criação de unidades jurisdicionais apenas para processamento e julgamento das multas penais, como forma de especialização da jurisdição e desafogar o já arrojado sistema de execuções penais, malgrado a sensibilidade sistema de justiça, incluindo todos os órgãos do artigo 61, da LEP.

É perfeitamente possível a aplicação dos critérios fazendários para parcelamento do débito tributário e inclusive incidir condições mais vantajosas, se for o caso, porém, não se

¹⁵ O entendimento foi firmado no julgamento do Tema 988, no STJ, o qual assentou: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade da questão no recurso de apelação”.

admite a inexecução da pena lastreada em critérios de política fiscal dada a natureza indisponível da pena criminal com aplicação integral das regras de impenhorabilidade existentes no CPC e, aos hipossuficientes, vemos com reserva a restrição de crédito facultada na legislação adjetiva cível.

A transição entre essas regras de direito privado, CPC e tributário, devem ser realizadas com adequação a principiologia do direito penal evitando-se a ocorrência de alguns absurdos que distorçam a execução penal, por isso o pacote anticrime deveria ter detalhado diversos dos aspectos mencionados no trabalho, vez que estancaria a insegurança jurídica.

Ao fim, temos que malgrado ela tenha natureza de pena criminal, não soa razoável exigir o adimplemento da multa para fins de reconhecimento da extinção da punibilidade notadamente em virtude de aplicação das regras do CPC quanto à execução e também pelos problemas advindos do risco do inadimplemento impossibilitar a prescrição da reincidência e inviabilizar o retorno do reeducando à vida em sociedade, na busca de emprego, etc., pelo espectro da falta de extinção da punibilidade.

Temos que aqui ocorrerá a extinção da punibilidade e a execução da pena de multa continuará a tramitar na Vara das Execuções Penais para a cobrança do crédito como dívida de valor sem reflexos no *status libertatis* do sentenciado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. STF. EP 8 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 19-09-2017 PUBLIC 20-09-2017.

BRASIL. ADI 3150, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019.

BRASIL. STJ. AgRg nos EDcl no REsp 1550432/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 29/02/2016.

BRASIL. STJ. HC 387.259/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 21/08/2017

BRASIL. TRF4, AG 5038454-48.2019.4.04.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS, juntado aos autos em 10/10/2019.



- BRITO, Alexis de Couto. *Execução Penal*. 3 ed. São Paulo: RT. 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: Jus Podivm. 2020.
- DE BEM, Leonardo Schmidt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Lições fundamentais de Direito Penal: parte geral*. 5 ed. Belo Horizonte: D'Plácido. 2020.
- FABBRINI, Renato; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas. 2014.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 17 ed. São Paulo: RT. 2019.
- MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Método. 2020
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.
- PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*. 3 ed. São Paulo: RT. 2013.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: Teoria crítica*. São Paulo: Saraiva. 2016.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: RT. 2019.
- VACCARO, Luciano. *Lei anticrime comentada*. Leme: JH Mizuno. 2020.

280

Submissão: 21/05/2020
Aceito para Publicação: 19/06/2020



O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS PROGNOSES DO LEGISLADOR

THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE LEGISLATOR'S PROGNOSES

José Adércio Leite Sampaio*

RESUMO: O controle judicial dos fatos legislativos é um tema que divide opiniões na literatura constitucional. A discussão envolve o poder de o Judiciário ter competência para analisar os fundamentos empíricos e científicos e as previsões empregadas nas escolhas legislativas. Como em outros tribunais da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em regra, tem sido muito deferente às escolhas legislativas, especialmente no campo das incertezas técnicas, diante assumidamente de seu déficit de legitimidade democrática e capacidade institucional. Os exames de constitucionalidade se resumem a uma verificação formal ou léxica de compatibilidade da lei à Constituição. Sua jurisprudência, todavia, apresenta exceções importantes que podem revelar uma tendência de rearranjo entre os Poderes constitucionais na definição do devido processo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legislativo. Controle dos fatos legislativos. Prognoses do legislador. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O controle de constitucionalidade baseado em evidências e as prognoses do legislador. 2 Controle de fatos e prognoses legislativas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considerações finais. Referências.

ABSTRACT: The judicial review of legislative facts is a topic that divides opinions in the constitutional literature. The discussion involves the power of the Judiciary to analyze the empirical and scientific evidences, as well as the prognoses made by the legislator. As in other courts of constitutional jurisdiction, the Brazilian Supreme Federal Court has been very deferential towards legislative choices, especially in the field of technical uncertainties, in the face of its deficit in democratic legitimacy and institutional capacity. Judicial Reviews boil down to a formal or lexical verification that the law is compatible with the Constitution. Its jurisprudence, however, presents important exceptions that may reveal a tendency of rearrangement among the constitutional Powers in the definition of the due legislative process.

KEYWORDS: Due legislative process. Control of legislative facts. Legislator prognoses. Brazilian Federal Court of Justice.

282

INTRODUÇÃO

O controle judicial de constitucionalidade, embora seja um instrumento poderoso de garantia da supremacia constitucional, sofre críticas por violar a separação dos poderes e a democracia. Os juízes, de regra, não eleitos deixariam de aplicar ou anulariam leis aprovadas pelos representantes do povo, investidos no cargo por meio das urnas. Uma forma de reduzir essas críticas seria de admitir o controle de modo muito excepcional, apenas para circunstâncias em que houvesse uma flagrante violação do texto constitucional, jamais sendo autorizado em questões complexas como as que envolvam incertezas científicas e dilemas morais. As disfuncionalidades do sistema representativo, o respeito às minorias e aos direitos fundamentais

* Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha, na Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em Belo Horizonte, no Brasil. Professor da pós-graduação stricto sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG) e da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, no Brasil. Procurador da República.



davam argumentos aos que defendiam uma atuação mais ativa dos juízes na fiscalização de constitucionalidade. O legislador não possuiria uma carta em branco, dada pelas urnas, para tornar sua discricionariedade em arbítrio. Suas decisões, notadamente em matérias de maior complexidade, deveriam ser baseadas em evidências e ancoradas num debate social mais amplo para serem constitucionais. A democracia e a separação dos poderes não refutariam, ao contrário, exigiriam que os juízes analisassem, ainda que sua argumentação convencional e seus testes de racionalidade, a correção do processo legislativo.

Esse entendimento passou a compor, mais recentemente, a preocupação do Supremo Tribunal Federal entre suas atividades de deferência quase total ao legislador e incursões, nem sempre assumidas, no mérito das escolhas legislativas realizadas. Esse é o objetivo do presente trabalho: analisar como o Tribunal tem atuado nesses domínios e quais os principais fundamentos que apresenta, quando o faz. A revisão bibliográfica serve de farol na análise empírico-indutiva do repertório jurisprudencial da Corte.

283

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BASEADO EM EVIDÊNCIAS E AS PROGNOSES DO LEGISLADOR

O devido processo legislativo, para fins de fiscalização de constitucionalidade, pode bastar-se com o atendimento das disposições constitucionais e regimentais que disciplinam ritos, quóruns e iniciativas. Interessa muito mais aos juízes o resultado desse processo, a lei, e sua compatibilidade normativa com a Constituição (ALEMANNO, 2013; VAN GESTEL; DE POORTER, 2016). Há quem, todavia, acrescente-lhe requisitos procedimentais com feição substantiva: as decisões tomadas que se materializam em leis e conformam as políticas públicas, no âmbito mesmo das agências reguladoras, devem ser fundadas em sólidas razões empírico-científicas, a revelarem a correção das previsões que promovem, bem como terem sido fruto de uma discursividade inclusiva o mais amplo possível com os diversos segmentos sociais potencialmente afetados (DYZENHAUS, 2015; VAN AEKEN, 2018). Os elementos técnicos, empíricos, científicos e discursivos passaram a integrar os chamados “fatos legislativos” que podem e devem ser investigados pelas cortes da jurisdição constitucional (OLIVER-LALANA,

2019)¹. A análise que se faz hoje da jurisprudência comparada mostra que as decisões dessas cortes ainda vacilam na assunção desses novos instrumentos de trabalho (ELLIOTT, 2003; CHENG, 2007; BERGER, 2012; POPELIER; DE JAEGERE, 2016; LARSEN, 2012; ROSS, 2014; SAMPAIO, 2020). Seu repertório de argumentação ainda é demonstrativo do emprego de testes de racionalidade como o da razoabilidade e da proporcionalidade com suas máximas, fazendo apenas de modo episódico averiguações expressas sobre os fatos legislativos. Mesmo na Suprema Corte dos Estados Unidos, em que se identificou a primeira incursão nesses domínios (LARSEN, 2012), e no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (ROSE-ACKERMAN et al, 2015), que mais desenvolveu uma espécie de doutrina de investigação de tais fatos, nota-se um cuidado especial em refutar os prognósticos feitos pelos legisladores (ZHANG, 2010). Não quer dizer que não o façam ou que, na tarefa de aplicação de seus testes argumentativos, não adentrem com relativa frequência as razões do legislador para combater-lhe as prognoses (McGINNIS; MULANEY, 2008; BICKENBACH, 2016; MEßERSCHMIDT, 2016; SAMPAIO, 2020). Uma conclusão possível – e razoável – é a de que se sentem mais à vontade em declarar uma lei inconstitucional por falta de proporcionalidade ou de razoabilidade, sem remexerem explicitamente as evidências e as previsões que eventualmente

284

¹ “Fato legislativo” é polissêmico. Pode indicar, como é feito no texto, o conjunto de elementos teóricos, empíricos, documentais ou orais que informam o processo legislativo, orientados tanto para o passado (fatos-testemunhos ou fatos históricos), quanto para o presente (fatos atuais ou sincrônicos) e para o futuro (fatos diacrônicos, previsões, prognósticos ou prognoses) (veja-se com proximidade: MENDES, 2000). Ou pode, em sentido mais amplo, referir-se aos elementos factuais relevantes ao raciocínio jurídico em geral, incluindo o processo legislativo. Nos Estados Unidos, distinguem-se entre “fatos legislativos” e “fatos adjudicativos”, esses associados aos elementos probatórios de uma dada asserção ou situação no âmbito de um processo judicial específico; aqueles, referidos a fatos que transcendem a disputa, compondo tanto o repertório de argumentação jurídica, quanto integrados por elementos usados no processo legislativo ou como fundamento de uma decisão judicial (DAVIS, 1942). Mais paradigmáticos são aqueles fatos que procuram revelar os impactos a serem produzidos por uma determinada opção legislativa, constituindo-se, portanto, em previsões acerca dessa opção (KARST, 1960, p. 81, 103). As evidências de que a adoção de responsabilidade objetiva leva à alocação eficiente de recursos ou de que a pena de morte não impede a prática do crime são exemplos de fatos legislativos, que é apresentado, respectivamente, para convencer o tribunal a adotar responsabilidade estrita ou derrubar a pena de morte. Sob as circunstâncias do processo legislativo, eles se colocam como verdadeiros ou corretos na perspectiva sincrônica de um “legislador razoável” (FREUND, p. 88). Há quem fale em “fatos constitucionais” - espécie dos fatos legislativos - como elementos factuais relevantes para o estabelecimento de uma norma constitucional e para sua aplicação, inclusive na “judicial review”. Tais fatos se podem dividir em “doutrinários”, com as teorias e interpretações sobre normas pelos juristas; “revisáveis” que se encontram no âmbito do conhecimento especializado e estão sujeitos à ftabilidade e divergências; e “casuísticos” que se referem a um caso específico e que lhe servem à solução. Há fatos históricos e fatos empíricos, aqueles são incapazes de ser cientificamente testados, diferentemente destes últimos. Os primeiros estão situados no âmbito das especulações acadêmicas, enquanto os fatos empíricos estão no labor dos cientistas, inclusivamente sociais: saberem-se, por exemplo, as populações relevantes para determinar o entendimento da palavra “comércio” (FAIGMAN, 1991). Aqueles pressupostos em que se baseiam a doutrina jurídica e as decisões se denominariam fatos legislativos “fundamentais”: “They are distinguishable from judicial values because they are, at least in theory, empirically testable” (SHERRY, 2011, p. 146).



a embasaram, do que avaliarem essas evidências ou prognósticos para fundamentarem a sua declaração, apontando-lhes insuficiência (COENEN, 2001; MEßERSCHMIDT, 2012; ROSS, 2014).

O Supremo Tribunal Federal não foge muito desse esquadro analítico. Ele tem exercido um controle formal do devido processo legislativo. Embora expressamente seja esse o objeto do mandado de segurança que pode ser impetrado por parlamentar diante da tramitação de uma proposição legislativa que viole a Constituição, o exame realizado pelo Tribunal é feito no plano normativo, comparando-se dispositivos da proposição ou eventual vício orgânico ou de rito com enunciados constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 111).² Esse também é o método tradicional da fiscalização repressiva. Com um limite e uma potencialidade. O limite é dado pela aplicação da doutrina do “*interna corporis acta*”: não se sindicaliza interpretação que é feita pelas Casas do Congresso de normas regimentais, a menos que elas reproduzam dispositivos constitucionais (SAMPAIO, 2002, p. 309; CARVALHO, 2007, p. 190). Essa doutrina deixa de avaliar eventuais descumprimentos de ritos e dos poucos requisitos de legitimação democrática que se encontram nos regimentos internos como, por exemplo, a convocação ou condução de audiências públicas, em que também se possam apresentar argumentos técnicos e empíricos que poderiam ou deveriam ser considerados para as escolhas legislativas, em linha com as demandas da Legística Material (SALINAS, 2013).

285

Uma potencialidade de realização de um exame mais profundo do devido processo que se encontra na jurisprudência do Tribunal, por outro lado, é dada pelo emprego de “técnicas de racionalidade” das leis. Essas técnicas se resumem, basicamente, a uma avaliação instrumental dos meios e fins escolhidos pelo legislador. A “razoabilidade” era o nome mais comumente empregado nessa tarefa, sobretudo, quando se discutia desafios à igualdade ou à proibição de não discriminação. Procurava-se identificar se o meio escolhido, geralmente, uma restrição a um direito, era justificado por uma finalidade pública relevante. Essa argumentação permitia que se indagasse a obra legislativa e perquirisse a sua racionalidade, fazendo-se incursão ao que tinha em mente o legislador e em que critério empírico se baseara para aprovar uma determinada norma (ÁVILA, 2004; BARROS; BARROS, 2006). Uma operação de intuição e também de uma dedução que se fazia a partir dos aprendizados da experiência, da “natureza das coisas” e

² Veja-se o voto da ministra Rosa Weber: “Pode-se dizer que a tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer embasada nas conclusões da comunidade científica – cuja natureza é descritiva”. (BRASIL, 2019a).



da antiga prática judicial de perquirir a teleologia legislativa, subjetiva ou objetivamente (SAMPAIO, 2003a). Por influência da literatura alemã migrada, especialmente, em estudos de espanhóis, portugueses, italianos e brasileira, a “razoabilidade” começou a conviver com a “proporcionalidade” numa confusão de sentidos e de intercambialidade até que o proporcional passasse a ser preferido ao razoável. (SAMPAIO, 2003a, p. 84 ss). O emprego de suas máximas de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita parecia atribuir maior rigor técnico na apuração da constitucionalidade das leis e também das políticas públicas. Esse terceiro estágio da avaliação do trabalho legislativo e regulatório ainda se fazia no plano estritamente normativo, sendo raros, para não dizer inexistentes, apelos ao emprego, no processo legislativo, de bases empíricas ou científicas como se verá ao longo deste trabalho. Quando muito, havia referências periférica a um ou outro debate parlamentar ou à exposição de motivos. Mais recentemente, todavia, por influência sobretudo do ministro Gilmar Mendes, passou-se a tratar dos “fatos legislativos” como elemento de convicção e discurso constitucional, como se tratará no tópico seguinte³.

286

2 CONTROLE DE FATOS E PROGNOSES LEGISLATIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Avaliar a razoabilidade ou proporcionalidade entre meios e fins escolhidos pelo legislador não era, como se viu, uma atividade estranha ao trabalho dos ministros do Supremo Tribunal, mas fazê-lo com a investigação das razões empíricas e das operações cognitivolíticas de prognósticos, baseadas em evidências, era-lhe estranho até que o tema veio expressamente à discussão. Em decisão monocrática, o ministro Gilmar Mendes afirmou, inaugurando o debate, que “a competência do Tribunal para examinar os fatos e prognoses legislativos advém da própria competência que lhe é constitucionalmente reconhecida para proceder à aferição de leis ou atos normativos em face do parâmetro constitucional”. Se, no seu entender, houvesse uma “vinculação estrita” do Tribunal aos fatos e previsões legislativos, seria uma renúncia ao exercício do controle de constitucionalidade. Assim também sucederia, caso o Tribunal não os examinasse. Para tanto, era preciso dotar o sistema de fiscalização de

³ Veja-se, academicamente, MENDES, 2000.



mecanismos procedimentais, por meio da “abertura do procedimento”, que permitissem uma “atuação consciente e, tanto quanto possível, integradora no sistema constitucional”. (BRASIL, 2007a).

Essas ideias foram exploradas na ação direta de inconstitucionalidade 3112/DF, em que se discutia a validade de diversos dispositivos da Lei 10826/2003, o “Estatuto do Desarmamento”. Em seu voto, Gilmar Mendes fez um longo histórico sobre o emprego da técnica da proporcionalidade, utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Um técnica que não se bastava com o apuro intuitivo (de uma interpretação estritamente normativo-textual), mas que exigia verificar se o legislador considerara conscientemente os fatos e prognoses, segundo três níveis de intensidade: a) controle de evidência (“Evidenzkontrolle”) - a declaração de inconstitucionalidade deveria fundar-se na flagrante inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política adotada, criminal, no caso; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (“Vertretbarkeitskontrolle”), a se perquirir se a opção legislativa se baseou numa avaliação objetiva e justificável de todos os elementos de conhecimento disponíveis, bem como sobre as consequências da aplicação da norma; e c) controle material de intensidade (“intensivierten inhaltlichen Kontrolle”), em que, por meio da ponderação, avaliar-se-ia se o sacrifício de um direito fora devidamente justificado pela proteção de um bem jurídico constitucionalmente relevante. Nessa operação, o Tribunal poderia desqualificar as “avaliações e valorações fáticas” que fizera o legislador (BRASIL, 2007b).

A enunciação teórica estava posta, mas a sua aplicação prática deixou um pouco a desejar. A investigação dos fatos legislativos se detivera nas informações do Congresso Nacional, que demonstravam o emprego de dados estatísticos “rigorosos”, “pesquisas tanto científicas como de opinião”, assim como “avaliações criteriosas a respeito das medidas adequadas e necessárias para a consecução dos objetivos almejados”, valendo-se de “todos os conhecimentos disponíveis” (BRASIL, 2007b, p. 31). No seu entender, portanto, estava demonstrada a suficiência dos diagnósticos e prognósticos necessária para conferir legitimidade ao Estatuto, não fosse um vezo na ponderação que fizera entre a vedação de liberdade provisória e a presunção de inocência. É verdade que houve, ainda que parcialmente, oportunidade de manifestação de *amici curiae*, mas seus questionamentos sobre os elementos empíricos e, com base neles, as previsões realizadas, não foram expressamente utilizados. As informações parlamentares bastaram por si. Talvez seja pouco, mas já indicava um avanço na consideração explícita dos fatos legislativos na argumentação do Tribunal. Os demais ministros se basearam

num exame de conformidade imediata, sem investigação dos elementos fáticos ou correlacionais da legitimidade ou eficácia da medida. Parecia-lhes intuitivo observar os índices de violência no Brasil, sobretudo entre jovens, para considerar a necessidade das medidas. Foram vistos excessos, pontualmente, na inafiançabilidade e na vedação de prisão provisória de alguns delitos (BRASIL, 2007b).

Em julgados posteriores, ainda, sobre o mesmo tema, o ministro Gilmar Mendes pareceu mais preocupado em detalhar seu entendimento, dedicando maior atenção aos elementos factuais que embasaram os diagnósticos e previsões legislativos, sobretudo na definição de tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta, fundamentando, ainda que sob a perspectiva do minimalismo penal, a opção legislativa de dar-lhe sanção penal e não somente civil ou administrativa. Havia dados empíricos convincentes, designadamente, os indicadores de violência e o fracasso da política criminal até então em vigor. A dinâmica dos fatos verificados no cotidiano”, escreveu, “tem demonstrado que a simples apreensão e a aplicação de sanção pecuniária não são o bastante para coibir o uso e o porte da arma de fogo” nem para reduzir os índices de violência. Convencia-lhe ainda mais a “ressonância em estudos” e o “anseio popular” da política pública adotada como razões confirmatórias dos juízos de controle de evidência e sustentabilidade ou justificabilidade das normas. Há uma nota adicional que se fez no exame do assunto: a injustiça e mesmo ineficácia na aplicação dos tipos penais, em vista da realidade brasileira. “[A] arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (...), tem inerente à sua natureza a característica da lesividade”. A posse justificadamente podia ser considerada crime. Mas e a realidade pluriforme do Brasil? “A questão (...) de possíveis injustiças pontuais [possíveis de ocorrer nos mais diversos rincões deste país], de absoluta ausência de significado lesivo”, afirmou, “deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa”. Tomava-se partido de um exame judicial prospectivo, porém, não empiricamente consequencialista, mais afeito à correlação entre os meios, a criminalização, e os fins, redução da violência, como resultado de um cálculo parlamentar que dispunha para a generalidade dos casos (BRASIL, 2012). Eventuais problemas de aplicação da norma – incluindo desvios de finalidade e, portanto, de eficácia – não se incluíam no teste de prognóstico.

Esse entendimento também foi usado em recurso extraordinário que discutia a violação dos princípios de essencialidade, seletividade e isonomia de uma lei que aumentava a alíquota do imposto sobre produtos industrializados às usinas de álcool em diferentes áreas do País. O recorrente, dentre outros argumentos, apontava o desvio de finalidade do tributo. Todos os



ministros foram contrários à tese, por uma deferência ao legislador. O argumento do ministro Edson Fachin volvia as letras do pensamento do ministro Gilmar Mendes. Embora fosse possível ao Tribunal o controle de prognoses legislativas, pareceu-lhe ir “além das possibilidades hermenêuticas de um ‘processo de indagação’ (*Befragungsverfahren*)” perquirir “a intenção dos partícipes envolvidos no processo legislativo, à luz do contexto fático-normativo haurido dos autos do feito posto em juízo”. Observe-se bem: o recurso extraordinário, pela sua peculiaridade processual, não admitiria produção de prova, embora, em se tratando de repercussão geral, seria de se permitir a manifestação de experts. Mas o caso era de baixa relevância, talvez. Como não havia “nos autos elementos suficientes para o convencimento do juízo acerca do desvio de finalidade alegado”, não havia como acolher a alegação (BRASIL, 2017a).

A situação voltou a ser discutida, sem todavia apelo exposto aos testes de prognósticos, desenvolvidos pelo Tribunal alemão, na ação direta que impugnava disposição legal que dividia o IBAMA em dois, criando o Instituto Chico Mendes. Não era dado ao Supremo avançar na opção legislativa, agora, nem em suas bases empíricas, sob alegada afronta à proporcionalidade e a eficiência, pela criação de nova entidade com elevação do gasto público e sem garantia de maior eficácia na execução da atividade administrativa. De acordo com o Tribunal, “não [lhe] cabe[ria] (...) discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto”. (BRASIL, 2012).

O tema também esteve em debate no julgamento da ação direta de constitucionalidade de uma lei que revertia a decisão do próprio Supremo Tribunal, tomada nas ações diretas 4430 e 4795, em que se garantira a novos partidos o direito de antena. Para a maioria dos ministros, o Congresso, no processo de diálogo institucional, poderia reverter uma decisão do Tribunal, mas, nessa hipótese, teria de demonstrar “argumentativamente” a necessidade da reversão, com o emprego “de novos argumentos” a comprovarem que “as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem”. Note-se que os “fatos legislativos” estavam reduzidos a argumentos. É certo que “argumentar” pode pressupor a demonstração dos elementos empíricos, os estudos, a axiologia, as prognoses que embasaram a lei, mas não se chegou a tanto exigir. O relator, ministro Luiz Fux, analisou a exposição de motivos e parecer parlamentar no curso do processo legislativo, um aprofundamento em relação

à suficiência das informações prestadas, mas não deu qualquer indicativo de que o Tribunal poderia rever os fatos legislativos com ajuda de peritos no próprio processo de controle de constitucionalidade. Talvez, pela autoevidência do caso:

[A] justificção do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. (BRASIL, 2015a)⁴.

Quando há dúvida ou divergência científica, a escolha legislativa por uma ou outra orientação não pode ser censurada. A jurisprudência é reiterada: “Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população”. Está na ementa da ADI 2396 de 2003. O Tribunal não descartou que pudesse haver mudanças de entendimento científico com as pesquisas em andamento, mas não lhe caberia decidir a matéria: “Os estudos (...) prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias”. A ementa revelava claramente, além da deferência ao legislador, um apego formalista no controle de constitucionalidade: “Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional.” (BRASIL, 2003a)⁵. Esse exame formal, todavia, parece vir sendo arranhado pela adoção da doutrina de exame de fatos e prognoses legislativas, ainda que a partir de informações colhidas

290

⁴ Note-se a diferença de perspectiva. Num longo voto concorrente, o ministro Dias Toffoli recorreu à história partidária brasileira, para mostrar os problemas que adviriam da legislação, enfatizando a relevância e a importância do pluripartidarismo, inclusive contra o poder das elites partidárias, para a democracia. Para os ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que ficaram vencidos, a democracia brasileira careceria de partidos sólidos, criados com representatividade de movimentos sociais com identidade clara, e não para atender a eventuais insatisfeitos dentro das legendas partidárias. Para a minoria, o Judiciário não poderia sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo. (BRASIL, 2015).

⁵ Encontra-se a mesma ordem de ideia no caso de transposição do rio São Francisco, em meio a questionamentos de irreversíveis danos ambientais e a direitos de povos tradicionais, se fosse concedida licença de instalação na pendência de condicionantes da licença prévia. O IBAMA estava a acompanhar o processo, não havia como o Tribunal interferir: “Se não é possível considerar o projeto, como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal (...). Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente”. (BRASIL, 2007c). Veja-se também ADI 4874/DF: “não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei (...), desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição”. (BRASIL, 2018b).

nos registros legislativos e em eventuais manifestações de *amicus curiae* ou experts no estreito espaço da jurisdição constitucional⁶.

Em matéria ambiental, as incertezas são tema do princípio da precaução. Há, por certo, acepções variadas sobre o princípio, que vão da paralisia a toda intervenção sobre o ambiente a um juízo de proporcionalidade, de fato, de custo e benefício da intervenção (SAMPAIO, 2003b). Esse princípio esteve em pauta na discussão sobre eventuais efeitos nocivos à saúde humana, da exposição de pessoas a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica. O Tribunal, pela relatoria do ministro Dias Toffoli, definiu a precaução como “critério de gestão de risco” a ser aplicado quando “existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos”. O princípio foi reduzido a um cálculo de custo e benefício, pois exige que “o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”. Embora o Tribunal pudesse exercer o controle das políticas públicas, não seria o espaço adequado para uma discussão técnica muito aprofundada da correção do cálculo que sustentaria as políticas: “a decisão judicial não se [pode] afast[ar] da análise formal dos limites desses parâmetros e [deve] privilegi[ar] a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública” (BRASIL, 2016a).

Dois casos demandaram a resolução de conflito de competência federativa e, ao mesmo tempo, a de comparação de modelos de política pública a ser adotada, diante das opções legislativas feitas e de um ambiente de incerteza científica sobre a melhor forma de proteção ao meio ambiente e à saúde. O primeiro, para registro, tratou de conflito de leis dos Estados e da União, em torno do emprego do amianto pela indústria. Havia dúvidas se a sua utilização controlada causaria, realmente, impactos significativos ao ambiente e à saúde humana. As legislações estaduais começaram a impor restrições mais amplas do que aquelas previstas em lei federal, que permitia o uso da espécie de asbesto crisotila. O Tribunal, inicialmente,

⁶ No caso sobre células-tronco, a incerteza sobre a melhor técnica para pesquisas científicas e eventuais usos terapêuticos, se com células adultas ou embrionárias, militou a favor da opção legislativa. Nesse caso, houve um amplo debate sobre o papel e limite da ciência, sendo de se lembrar o voto do ex-ministro Menezes Direito, de que se estava a discutir não a opção religiosa ou científica, mas uma questão jurídica. Outro aspecto relevante pode ser encontrado na previsão de benefícios do emprego das células-tronco, ainda que envolto em polêmica, para tratamento de doenças crônicas, incapacitantes ou fatais. Se tais benefícios eram incertos, como salientou em seu voto a ministra Cármen Lúcia, proibir a pesquisa era certeza da ausência de resultados. (BRASIL, 2008).



suspendera as iniciativas dos Estados, ao argumento de violação da competência federal (BRASIL, 2003a; 2003b); mas, depois, viu razão de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma federal, mantendo as disposições normativas dos Estados. “À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas”, fundamentou, “a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado” (BRASIL, 2017b).⁷ Os ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Gilmar Mendes lembravam da necessidade de respeitar a opção do legislador federal, em virtude das dúvidas científicas em torno da matéria e da capacidade institucional limitada do Judiciário em avançar sobre a polêmica (BRASIL, 2017b).

Essa orientação deferencial pautara, em grande medida, a solução do segundo conflito, agora, entre lei estadual e lei municipal, sobre corte da cana de açúcar, estabelecendo a segunda vedação plena, e a primeira, vedação relativa e gradual no tempo. A ideia motriz, no dois casos, era o fim de uma prática que degradava o ambiente e a perspectiva de sua substituição por técnica mais avançada com o uso de colheitadeira, a gerar menos impacto ambiental e maior produtividade econômica. Não havia incerteza sobre os efeitos negativos produzidos ao ambiente pelo corte da cana, especialmente com produção de Metano, mas ela, a incerteza, rondava as prognoses econômicas, além de existirem outros interesses em jogo. O legislador municipal, atento à interrupção imediata da prática, fiava-se no retorno de produtividade gerada pela mecanização da atividade. O legislador estadual procurara estabelecer uma redução gradual e, segundo o Tribunal, planejada. Alguns elementos empíricos pesaram na conclusão da maioria dos ministros. Havia suspeita séria de que a política municipal era menos eficiente do que a estadual, por não ter promovido de modo proporcional os interesses envolvidos. Duas coisas pareciam certas: o “desemprego em massa” e o impacto econômico da perda de fatia da geração de renda. Simultaneamente, os “dados técnicos apresentados” não geravam certeza quanto à “efetiva e plena implantação do maquinário em todas as áreas destinadas (...) ao cultivo de cana”. A realidade fundiária, a cultura local e a qualidade da mão de obra colocavam em dúvida a previsão de aumento da produtividade. Boa parte das áreas de cultivo da cana era

⁷ Na ADI 4066 (2017b), faltou quórum para declarar a inconstitucionalidade, que terminou por se fazer na ADI 3356 (2017c).



formada por minifúndios, inapropriados para uso de máquinas, o que obrigaria diversos agricultores a arrendarem suas terras e deixarem a atividade. A baixa escolaridade dos trabalhadores do cultivo da cana de açúcar também tenderia a prejudicar, pelo menos, de início, o retorno esperado (e almejado) pelo legislador municipal. (BRASIL, 2015b).

A tudo considerar, o Tribunal entendeu que a solução trazida pela legislação municipal esbarrava nas máximas da necessidade e da ponderação, tendo o Estado trazido uma alternativa “menos gravosa pelo ordenamento que equilibra[va] de maneira mais correta a relação custo-benefício”. Vejam-se as incursões no plano empírico realizado pelo Tribunal, pressupondo fatos legislativos que teriam dado margem às escolhas das normas, delas se valendo para optar por aquela que parecia mais corresponder a meios menos invasivos e prognósticos mais exatos. A proporcionalidade fora a senha para ingressar no mérito da opção legislativa, é certo, num ambiente de conflito normativo que exigia solução. Não deixa, porém, de ser digna de nota a incursão (BRASIL, 2015b).

Na discussão sobre o novo Código Florestal, Lei n. 12.651/2012, o papel da Corte no controle dos fatos legislativos e das decisões sobre políticas públicas foi, novamente, enfrentado. Repisou-se a doutrina da deferência, em vista da limitação funcional do Judiciário. Lê-se, logo, na ementa que “a capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas” (BRASIL, 2018a). A deferência se fazia necessária, não apenas, pelas incertezas técnicas, que segundo o Tribunal existiam em relação a uma série de assuntos em debate, mas também, a seu ver, em virtude da abertura do procedimento de elaboração da lei à sociedade. Enfatizou-se que mais de setenta audiências públicas foram realizadas, o que conferia maior transparência e adicional legitimidade às decisões legislativas, reforçando a “discrecionabilidade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição”. Sob essas premissas, o argumento de atentado ao princípio [constitucional] da vedação do retrocesso não poderia se sobrepor ao princípio democrático, nem justificar o afastamento de “arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo”. Tampouco poderia ser aplicada a “tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve[ria] sempre prevalecer”, associada de maneira apressada, no julgamento, ao “in dubio pro natura”, pois caberia ao agente “regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos”. (BRASIL, 2018a).



O Tribunal parecia, portanto, disposto a deixar na mão do Congresso a definição da política pública ambiental e, de arrasto, o conteúdo do direito fundamental pertinente, o que pareceria uma contradição com a definição de fundamentalidade de um direito (SAMPAIO, 2013). É certo que os ministros chegaram a declarar quatro dispositivos inconstitucionais e a outros seis deram interpretação conforme a Constituição. Por outro lado, declararam a constitucionalidade de trinta e três deles. O que chama a atenção é a delegação plena da competência de disposição de vários institutos ambientais aos legisladores, sem exigência de razões técnicas para justificar as escolhas feitas. O reconhecimento de que o legislador poderia alterar a extensão das áreas de proteção permanente sequer atentara para o significado de tais áreas. Reduzir sua dimensão em 10 ou 50% causaria algum impacto nos fluxos gênicos ou migratórios? Promoveria maior ou menor assoreamento de rios e lagos? Por que motivo se alterou o marco para a medição da área de preservação ambiental ao longo de rios e cursos d'água, passando a ser o leito regular respectivo, e não mais o seu nível mais alto? Que critério técnico se teria valido para admitir o cômputo das APPS no percentual da reserva legal? Aliás, qual a função ecológica da reserva legal que pudesse autorizar a lei a dispensar sua existência na exploração de potencial de energia hidráulica e construção ou ampliação de rodovias e ferrovias? Não bastaria estabelecer um juízo de aplicação formal de interesses contrapostos mais soberanos como a propriedade ou a prestação de serviços de energia elétrica, de atendimento do direito ao transporte e de integração das regiões do país.

Tais vetores de “policy” poderiam perfeitamente justificar a medida legislativa, mas a tanto era preciso se saberem os efeitos ecossistêmicos que teriam e, assim, realizar-se um sopesamento mais apurado. Dá-se a impressão de que os institutos ambientais são “ornamentos biológicos” (e “retóricos”) sem funções ecológicas e que estão à disposição do legislador como lhe aprouver. É bem interessante que, na discussão sobre a possibilidade de introdução de espécies exóticas para recomposição de reservas legais, preocupou-se com elementos empíricos e técnicos, ao dizer que inexistiam “provas científicas de que utilização de espécies exóticas para o reflorestamento de biomas sempre prejudica as espécies nativas ou causa desequilíbrio no habitat”. Valem, portanto, num caso; não interessam noutros. Numa autocontenção anticonsequencialista, validou ainda a anistia àqueles que causaram danos anteriores a 22 de agosto de 2008. No entender da Corte, cabe ao legislador “estabelecer uma espécie de marco zero na gestão ambiental do país”, como se as normas até então em vigor não existissem. Sério? Em matéria ambiental? Nem se cogitou dos sinais que se emitiam à criação

de expectativas de novos perdões como se, indiretamente, fosse criada uma licença a desmatar. (BRASIL, 2018a). O controle dos fatos legislativos ficou a dever, tão inconstante quanto discricionário.

Noutro caso, envolvendo políticas públicas de combate do vírus da dengue, chikungunya e da zika, o Tribunal foi mais atencioso às bases técnicas de certas práticas permitidas pelo legislador. Cuidava-se de lei federal que dispunha sobre adoção de medidas de vigilância sanitária para o combate ao mosquito transmissor dos vírus, por meio de pulverização aérea de produtos químicos. Discutia-se a eficácia do procedimento e os riscos que poderiam causar à saúde humana. O Tribunal demonstrou cuidado aos suportes técnicos e empíricos que teriam balizados o legislador. “O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica”, afirmou, “revela-se no reconhecimento de que a lei, se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária, pode contrariar os dispositivos constitucionais...”. Diferentemente do caso anterior, buscaram-se, em vão, os fatos legislativos que indicassem a suficiência técnica da opção legislativa, mas ainda assim se tentou salvar a lei, ao dar-lhe interpretação conforme a Constituição, ao condicionar a incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves à aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e à comprovação científica da eficácia da medida (BRASIL, 2019a).⁸

295

⁸ Merecem ênfase, nos votos dissidentes, os seguintes excertos: “A mera existência de risco não interdita a atuação do Estado em prol de determinada atividade (...). [A] inércia do Estado no combate ao *aedes aegypti* também implica a exasperação de risco à saúde da população (Voto do Min. Alexandre de Moraes). O ministro Luiz Fux, atento a votos anteriores de deferência legislativa, viu na legislação razoabilidade. “Não cabe ao Judiciário (...) vedar prospectivamente a adoção de uma medida emergencial e excepcional que pode, em determinadas circunstâncias, se mostrar necessária para a tutela da saúde pública e, em especial, para a proteção de populações vulneráveis”. Para o ministro Gilmar Mendes, além de reconhecer proporcionalidade na medida, sem muito exame, é verdade, atentou-se aos efeitos da decisão: “E se amanhã se colocar um quadro em que, cientificamente, se diz que o último apelo, a última *ratio* é essa: nós precisamos fazer isto. “Ah, mas o Supremo declarou inconstitucional graças à iniciativa da Procuradoria-Geral”. Então, não pode fazer. E que morram todas as pessoas. Não pode ser assim”. No voto da ministra Rosa Weber, embora concorrente, afirmou-se que a deferência ao legislador prescindia de um exato dos fatos legislativos (descritivos, segundo ela): “Impende, todavia, ressaltar que não é papel desse Supremo Tribunal Federal (...) decidir sobre a nocividade ou o nível de nocividade da exposição à pulverização aérea, tampouco sobre a certa efetividade da medida em deliberação no combate ao vetor *Aedes aegypti*. Pertencentes ao campo da realidade empírica, as respostas a tais questões são acessíveis pela investigação técnica e científica. Na mesma linha, também não cabe a essa Suprema Corte avaliar se este ou aquele estudo apresentado está correto, do ponto de vista científico e técnico, residindo fora da sua alçada os juízos de natureza técnico-científica sobre questões de fato. Pode-se dizer que a tarefa da Corte – de caráter normativo – há de se fazer embasada nas conclusões da comunidade científica – cuja natureza é descritiva.” (BRASIL, 2019a)

O tema de controle judicial da política pública de saúde tem despertado a atenção da literatura jurídica e, claro, da jurisprudência do STF, movendo-se também nos domínios da fiscalização dos fatos legislativos (DALLARI, 2008; MARQUES, 2016). O caso da Fosfoetanolamina sintética é bem esclarecedor. O Congresso havia liberado o uso da droga para tratamento do câncer sem que houvesse estudos técnicos comprovadores de sua eficiência e tampouco registro na ANVISA. O Tribunal censurou a opção legislativa. “É no mínimo temerária – e potencialmente danosa – a liberação genérica do medicamento sem a realização dos estudos clínicos correspondentes”, escreveu o relator, “em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade da substância para o bem-estar do organismo humano” (BRASIL, 2016b). O devido processo legislativo, embora não dito com essas letras, falhara a não se basear em evidência. O tema também é recorrente em relação à política de dispensação de medicamentos⁹.

Em um caso recente, a maioria dos ministros entendeu que havia de ser feito um esclarecimento e distinção sobre esse controle. Em voto revisor, que terminou por triunfar, o ministro Roberto Barroso estabeleceu as balizas de intervenção judicial na matéria. Em regra, deveria haver deferência aos outros Poderes em questões técnicas ou científicas complexas ou que envolvessem a formulação e a execução de políticas públicas, por faltar ao Judiciário “capacidade institucional e a *expertise* para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões” (BRASIL, 2019b, p. 11-12). O direito à saúde, todavia, interpelava uma atuação judicial em certas situações, que exigiam o estabelecimento de marcos interpretativos. E assim se fizeram. No caso de medicamentos experimentais, ainda em fase de pesquisas e testes, não pode haver interferência judicial, de modo a obrigar o Estado a fornecê-los.¹⁰ Nos fármacos com testes de

⁹ A evolução da ciência também serve como um elemento hermenêutico de correção da obsolescência (não necessariamente de caducidade) da norma, permitindo que o Tribunal possa, na medida do possível, salvá-la como fez no caso dos anencéfalos. Um trecho do voto do relator merece transcrição: “ Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.” Com o relator, a maioria dos ministros declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal (BRASIL, 2012d).

¹⁰ Observe-se o recurso consequencialista, empregado pelo ministro, sobre intervenção judicial nessa política pública: “A autorização judicial de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa possui, ainda, inúmeras consequências indesejadas. *Primeiro*, ela produz profunda desorganização financeira e administrativa dos entes federativos, já que, como os valores envolvidos no fornecimento desses fármacos não constam do orçamento, devem ser realizados contingenciamentos para o cumprimento das decisões. *Segundo*, em um cenário de escassez de recursos, os gastos para a compra de medicamentos não registrados na Agência são efetuados em

eficácia e segurança comprovadas, mas pendente de registro na Anvisa, é possível, excepcionalmente, o seu fornecimento por decisão judicial na hipótese de mora injustificável da Anvisa, devendo haver prova de: (a) pedido de registro do medicamento no Brasil; (b) existência de registro em renomadas agências de regulação no exterior; e (c) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Também poderia ser ordenada a dispensação de medicamentos sem registro, no caso de doenças raras e ultrarraras, pois, nesses casos, o laboratório costumava não ter interesse comercial em pedir o registro (BRASIL, 2019b). O voto do ministro Fachin apresentou significativos avanços no exame dos fatos legislativos, pelas exigências seja de bases técnicas, seja de participação social no processo de regulação (BRASIL, 2016c). É bem verdade que ele se ateu à deliberação de agência reguladora, extraíndo essas exigências dos princípios constitucionais da Administração Pública, mas, como razão maior, dever-se-iam aplicar ao processo formativo das leis¹¹. Escreveu o ministro que o controle da publicidade obrigaria a “indicação compreensível das razões de decidir e que não [houvesse] erro manifesto na apreciação dos fatos”. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, estaria a demandar a existência de “provas suficientes para o exame de uma situação complexa”, obrigando “que as razões de decidir [fossem] expostas com precisão, confiança e consistência dos fatos”. Mais: “A transparência deveria, ainda, atingir a todos os que fossem afetados pela decisão”, que deveria “ter fundamentos verificáveis” (p. 18-19). É dizer, permitir “a aferição do critério científico pelo qual o medicamento é liberado deve envolver amplo

297

prejuízo do atendimento de outras demandas prioritárias, afetando a própria saúde da população. Por vezes, o valor que é utilizado para custear o tratamento de um único paciente poderia ser aplicado para conferir atendimento de saúde a centenas e até milhares de pessoas. *Terceiro*, ela cria incentivos para atuações oportunistas das empresas farmacêuticas. Tais empresas podem, especialmente no caso de doenças raras, concluir ser mais vantajoso instituir um mercado paralelo para o fornecimento de medicamento no Brasil (pela via judicial), já que, nesse caso, ficam isentas dos elevados custos envolvidos no processo de registro, bem como do controle dos preços praticados. Afinal, quando condenado a fornecer o fármaco ao paciente, o Estado terá que cumprir a decisão imediatamente pelo preço definido unilateralmente pelo fornecedor.” (BRASIL, 2019b, p 15).

¹¹ Tem-se admitido mais facilmente, porém, a competência de as Cortes reverem normas de agências reguladoras do que as decisões parlamentares. A separação de poderes demandaria requisitos distintos. As cortes revisam as decisões das agências para garantir a supremacia legislativa, mas o Congresso teria acesso direto à Constituição tanto ou mais do que as cortes (“Nothing in the Constitution requires that legislative process be ‘on the record,’ and prior to the recent legislative record review cases, no such requirement had ever been imposed on Congress”). Além do mais, os membros do Congresso, diferentemente dos integrantes das agências, têm acesso a fontes de informação mais amplas e um diálogo democrático, pela sua investidura, mas pela representatividade de diferentes setores da sociedade que se expressam (ou deveriam se expressar) no processo legislativo. Enfim, haveria, no controle das bases factuais do processo legislativo, uma inversão da presunção de legitimidade dos motivos que movem as decisões do Congresso. (BUZBEE; SCHAPIRO, 2001, p. 125; 134-135; 139). Veja-se também (BRYANT; SIMEONE, 2001).



debate na ambiência da comunidade científica, por meio de uma racionalidade que lhe é própria [ciência com base em evidência]” (p. 25).

O STF haveria de fixar parâmetros de mediações entre o exercício da racionalidade jurídica e das demais esferas de saber. O Judiciário teria de realizar, em cada caso e de modo não cumulativo: (a) controle de legalidade para evitar erro manifesto na aplicação da lei ou abuso de poder; (b) controle da motivação, por meio da pesquisa das razões do ato regulatório, quanto à sua clareza, correção e vinculação lógica com a conclusão; (c) controle da instrução probatória da política pública regulatória, a fiscalizar não apenas a existência, mas também a exaustividade de produção de provas, a ponto de enfrentar uma situação complexa; e (d) controle da resposta em tempo razoável, corolário do devido processo regulatório (BRASIL, 2016c, p. 28-29). Esse último exame parece não seja aplicável ao legislador, ainda que a inércia possa vir a ser censurada por inconstitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

298

O controle de constitucionalidade do devido processo legislativo se pode fazer de modo puramente formal, a verificar se foram cumpridas as iniciativas e ritos estabelecidos na Constituição na elaboração das leis. Ou se pode dar de forma mais profunda procedimental-material, a identificar se as escolhas legislativas se basearam em evidências empíricas e conhecimento científico, abrindo-se para um debate amplo com a sociedade, sempre que envolverem assuntos complexos ou envoltos em incertezas.

De um modo geral, os tribunais da jurisdição constitucional, dentre eles, o Supremo Tribunal Federal tem-se bastado com a primeira modalidade de controle, atentos a seus déficits de legitimidade democrática e às suas limitações funcionais. A jurisprudência do STF mantém-se, em regra, muito deferente às opções legislativas nos domínios técnicos, exercendo sua fiscalização no plano da compatibilidade formal ou léxica do produto legislativo, a lei ou mesmo política pública, com a Constituição, sob a mediação linguística do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Especialmente por influência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ele tem avançado, em algumas oportunidades, no exame dos fatos legislativos, empregando, no exame das bases empírico-científicas e prognoses legislativas, os testes de evidência, justificabilidade e grau de intensidade. Nem sempre de modo expresso, as ideias presentes nesses testes têm



estimulado incursões no trabalho investigativo dos legisladores. Essa jurisprudência, todavia, é cercada de dúvidas, inconstância e baixo desenvolvimento, tornando sua predição um exercício arriscado a ser feito.

REFERÊNCIAS

ALEMANNI, Alberto. The Emergence of the Evidence-Based Judicial Reflex: A Response to Bar-Siman-Tov's Semiprocedural Review. *The Theory and Practice of Legislation The Theory and Practice of Legislation*, v. 1, n. 2, p. 327-340, 2013.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de direito administrativo*, v. 236, p. 369-384, 2004.

BARROS, Wellington P.; BARROS, Wellington G. Z. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

BERGER, Eric. Deference Determinations and Stealth Constitutional Decision Making. *Iowa Law Review*, v. 98, p. 465-533, 2012.

BICKENBACH, Christian. Legislative Margins of Appreciation as the Result of Rational Lawmaking. In MEßERSCHMID, Klaus; OLIVER-LALANA, Daniel (eds). *Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Zurich: Springer, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 2396/MS*. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08/05/2003a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=375387>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 2656/SP*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento 8/5/2003b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266877>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Rcl 4979/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/04/2007a, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000067720&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 3112/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/05/2007b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ACO-MC-AgRg 876/DF*. Rel. Min. Menezes Direito, julgado em 19/12/2007c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 11 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 3510/DF*. Rel. Min. Carlos Ayres, julgamento em: 29/5/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 12 dez.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 102087/MG**. Rel. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=629960>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC 104.410 / RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento 06/03/2012b . Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em 11 fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *HC 96759/CE*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. julgamento 28/02/2012c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629956>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 4029/AM*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento 8/3/2012c. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADPF 54/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 12/4/2012d. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 5105/DF*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 01/10/2015a, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 586224/SP*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado 05/03/2015b. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8399039>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 627189/SP*. Rel. Min. Dias Toffoli, Repercussão Geral (Tema 479 da Gestão por Temas), julgado em 8/6/2016a, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12672680>>. Acesso em: 31/3/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno *ADI-MC 5501/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento 19/5/2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 657718/MG*. Rel. Min. (voto do Ministro Edson Fachin em 28/9/2016c). Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 592145/SP*. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 05/04/2017a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14274800>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI4066/DF*. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 24/8/2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1445223>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 3356/PE*. Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 30/11/2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=749053935>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADC 42/DF*. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/02/2018a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4874/DF*. Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 01/02/2018b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=749049101>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *ADI 5592/DF*. Rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 11/09/2019a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=752184165>>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE 657718/MG*. Rel. p/acórdão Min. Luis Roberto Barroso (ementa e voto), julgamento 22/5/2019b. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versão-final.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2020.

BRYANT; A. Christopher; SIMEONE, Timothy J. Remanding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Statutes. *Cornell Law Review*, v. 86, p. 328-396, 2001.

BUZBEE, William W.; SCHAPIRO, Robert A. Legislative Record Review. *Stanford Law Review*, v. 54, n. 1, p. 87-161, 98 n. 31, 2001.

CARVALHO, Kildare G. *Técnica Legislativa*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CHENG, Edward K. Independent Judicial Research in the Daubert Age. *Duke Law Journal*, v.56, p. 1263-1318, 2007.

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue. *William and Mary Law Review*, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e Prática*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. *Revista de direito sanitário*, v. 9, n. 3, p. 9-34, 2008.

DAVIS, Kenneth C. An approach to problems of evidence in the administrative process. *Harvard Law Review*, v. 55, p. p. 364-425, 1942.

DYZENHAUS, David. What is 'a democratic culture of justification'? In HUNT, Murray; HOOPER, Hayler J.; YOWELL, Paul (eds). *Parliaments and human rights: Redressing the Democratic Deficit*. Oxford: Hart, p. 425-445, 2015.

ELLIOTT, E. Donald. Strengthening Science's Voice at EPA. *Law and Contemporary Problems*, v. 66, p. 45-62, 2003.

FAIGMAN, David L. *Normative Constitutional Fact-Finding: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretatio*. University of Pennsylvania Law Review, v. 139, 541-613, 1991.

FREUND, Paul A. *On Understanding the Supreme Court*. Boston: Little, Brown and Company, 1949.

KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. *The Supreme Court Review*. v. 1960, p. 75-112, 1960.

LARSEN, Allison O. Confronting Supreme Court Fact Finding. *Virginia Law Review*, v. 98, p. 1255-1312, 2012.

MARQUES, Silvia Badim. O controle judicial das políticas e ações de saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 17, n. 1, p. 100-105, 2016.

McGINNIS, John O.; MULANEY, Charles W. *Judging Facts Like Law*, 2008: Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1061502_code337501.pdf?abstractid=1061502&mirid=1>. Acesso em 15 dez. 2019.

MENDES, Gilmar F. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 1, n. 8, 2000.

MEßERSCHMIDT, Klaus. Evidence-based review of legislation in Germany. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 4, n. 2, p. 209-235, 2016.

MEßERSCHMIDT, Klaus. The Race to Rationality Review and the Score of the German Federal Constitutional Court. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, p. 347-378, 2012.

OLIVER-LALANA, A. Daniel. Legislative deliberation and judicial review: between respect and disrespect for elected lawmakers. In OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed). *Conceptions and Misconceptions of Legislation*. Springer, p. 207-241, 2019.

POPELIER, Patricia; DE JAEGERE, Josephine. Evidence-based judicial review of legislation in divided states: the Belgian case. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 4, n. 2, p. 187-208, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; EGIDY, Stefanie; FOWKES, James. *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and European Union*. New York: Cambridge University Press 2015.

ROSS, Bertrall L., The State as Witness: Windsor, Shelby County, and Judicial Distrust of the Legislative Record. *New York University Law Review*, v. 89, p. 2027-2105, 2014.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre modo de produção de leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 1, p. 234-235, 2013.

SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente. In SAMPAIO, J.A.L.; WOLD, C.; NARDY, A. *Princípios do Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio L. *O Controle das Prognoses Legislativas na Jurisprudência Constitucional Comparada*. Belo Horizonte, 2020 (no prelo).

SAMPAIO, José Adércio L. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 45-101, 2003a.

SAMPAIO, José Adércio L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SHERRY, Suzanna. Foundational Facts and Doctrinal Change. *University of Illinois Law Review*, v. 211, n. 1, p. 145-186, 2011.

VAN AEKEN, Koen. Legislative Evaluation as Alternative Democratic Engagement. *Diritto e Questioni Pubbliche*, v. 1, p. 271-289, 2018.

VAN GESTEL, Rob; DE POORTER, Jurgen. Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 4, n. 2, p. 155-185, 2016.

Submissão: 02/06/2020

Aceito para Publicação: 24/08/2020



EL IMPUESTO SOBRE PRODUCTOS INDUSTRIALIZADOS DE BRASIL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA IMPOSICIÓN DE FRITZ NEUMARK

O IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DO BRASIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IMPOSIÇÃO DE FRITZ NEUMARK

FRITZ NEUMARK'S TAX PRINCIPLES AND BRAZIL'S TAX ON INDUSTRIALIZED PRODUCTS.

Andre Felipe Canuto Coelho*

Creen dignamente desempeñado todo su papel de príncipes [...] con imaginar a diario nuevos sistemas de aligerar de su dinero a los ciudadanos y de cogerlo con destino a su propio fisco; pero, eso sí, lo hacen de modo adecuado, buscándose pretextos de modo que, por muy injusto que sea el expolio, ofrezca por lo menos una cierta apariencia de equidad.

ERASMO, ELOGIO DE LA LOCURA, 1509

305

RESUMO: O artigo faz uma análise do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) do Brasil, tendo como parâmetro os princípios tributários de Neumark (1994). Ao final, revela que como o imposto pouco faz para observar os princípios sociopolíticos, os princípios da política-economia e os jurídico-tributários, sua substituição por uma reforma tributária que incluisse outros impostos indiretos poderia trazer vantagens tanto para o econômico, quanto para o jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: IPI. Princípios. Neumark.

RESUMEN: El autor hace un análisis del impuesto sobre los productos industrializados (IPI) de Brasil estableciendo como parámetro los principios de la imposición de Neumark (1994). Al final, revela que como se trata de un impuesto que poco observa los principios político-sociales, los políticos-económicos y los jurídico-tributarios, la suya substitución por en una reforma tributaria que incluyese los demás tributos indirectos podría traer ventajas para el derecho y la economía.

PALABRAS-CLAVE: IPI. Princípios. Neumark.

ABSTRACT: The paper makes an analysis of Brazil's tax on industrialized products (IPI) by setting as a parameter Neumark's tax principles (1994). In the end, it reveals that as the tax does little to observe the socio-political principles, the principals of political-economy and the legal-taxation ones, its replacement in a tax reform that included other indirect taxes could bring advantages both to economic and law order.

KEYWORDS: IPI. Princípios. Neumark.

SUMÁRIO: Introducción. 1 Para entender los principios impositivos de Fritz Neumark. 2 El Impuesto Sobre Productos Industrializados (IPI) en Brasil. 3 ¿Es el IPI un impuesto racional? Conclusión. Referencias.

* Pós-doutorando em Direito Tributário pela Universidad de Granada, na Espanha. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPB), em Recife, no Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPB), em Recife, no Brasil. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la tributación desde una perspectiva de justicia puede ser considerado una de las primeras preocupaciones sobre la materia. La tributación ideal, aquella que procura la equidad al establecer los impuestos, han ocupado los doctrinadores y los gobernantes hace siglos¹. Con efecto, el análisis de los diferentes elementos de una realidad tributaria, que la doctrina llamó por principios, ha sido desarrollado en torno del signo del impuesto justo.

Entre los puntos de vista a través de los cuales se puede examinar la justicia de los impuestos se encuentran el temporal, el geográfico, el político, el jurídico, el funcional, el social y el económico². Por lo tanto, entender lo que una fiscalidad justa puede representar requiere un corte epistemológico.

Desde el punto de vista político, no se refuta la idea de poder representar los impuestos como una forma de explotación económica y de un instrumento de dominación capaces de controlar un sistema de clases³. Sin embargo, si estas declaraciones son ciertas, también será cierto lo contrario, y se puede afirmar que los impuestos pueden ser instrumentos de redistribución de la riqueza y realización de la solidaridad social, permitiendo la movilidad de las clases y el disfrute, por estas clases, de nuevos servicios públicos y libertades. Este estudio tiene como objetivo, por lo tanto, buscar la comprensión del fenómeno de la fiscalidad, dirigiéndolo a la realización de estas otras funciones, distanciándolo del ejercicio de las funciones críticamente designadas por O'Connor.

Por otro lado, nos alejamos de las llamadas teorías antifiscales, que niegan la necesidad de cualquier tributación⁴ como las escuelas de *Public Choice*⁵ que predicán el estado mínimo, el liberalismo extremo y la privatización total de los servicios públicos.

Por lo que se refiere al aspecto jurídico, debe combatirse la tentación de asociar la fiscalidad equitativa al principio de legalidad - la certeza de la institución y la modificación de los impuestos a través de la ley, asumiendo la total representatividad del legislador ordinario.

¹ SANCHES, J. L. Saldanha. *Justiça Fiscal*. Lisboa: Fundação, 2010, p. 19. ADAMS, Charles. *For good and evil: the impact of taxes on the course of civilization*. 2nd ed. Lanham, MD: Madison Books, 1999, *passim*.

² BOUVIER, Michel. *La question de l'impôt idéal*. In: L'Impôt. Paris: Dalloz, 2002, PP. 18-19.

³ O'CONNOR, James. *USA: a crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, PP. 203-204.

⁴ FRANÇA. FALLAIT PAS FAIRE DU DROIT. *Les Ideologies Fiscales*. [s/d]. Disponível em: <<http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-fiscal/theorie-de-l-impot/206-les-ideologies-fiscales-cours>>, pp. 203-204.

⁵ BUCHANAN, James M., TOLLISON, Robert D. *The Theory of Public Choice*. Michigan: The University of Michigan Press, 1984.



Sí así lo fuera, bastaría con cualquier sistema tributario el requisito formal – en el caso brasileño, la edición válida de una ley ordinaria, de una ley delegada, el derecho delegado, de una medida provisoria o de una ley complementar, no afectadas por una sentencia de inconstitucionalidad – para que la exacción fuese considerado justa⁶.

Tampoco se investigará la justicia tributaria en su aspecto funcional, es decir, en el contexto de la administración tributaria y de la prestación jurisdiccional. No se cuestionará la seguridad jurídica del ciudadano ni el respeto de sus derechos y garantías, como la posibilidad de impugnar una liquidación tributaria mediante una amplia defensa y el contradictorio. Igualmente no se analizará la eficacia del sistema tributario, dejando de lado cuestiones relacionadas con la evasión fiscal y la eficacia de las recaudaciones administrativas y las ejecuciones fiscales⁷.

Por último, no se examinarán las condiciones sociales para la aceptación de la tributación, aunque muchos doctrinadores suelen decir que un impuesto ideal debe ser el que "surtout et avant tout l'impôt qui est reconnu comme légitime au sein d'une société donnée"⁸. Como explica Sen⁹, citando el teorema de imposibilidad de Kenneth Arrow, las decisiones democráticas de la mayoría no siempre son justas.

307

De hecho, cuando la Constitución de Brasil en su art. 3, inc. I, elige su objetivo fundamental construir una sociedad libre, justa y solidaria, el calificativo justo se convierte en un valor invocable por sí mismo en materia tributaria, resolviendo posibles dudas en la articulación de otros principios en juego. No obstante, a pesar de la indeterminación de la idea de justicia, hay elementos de las que no es obvio que no se pueda prescindir en su concreción, como son las ideas de lógica y racionalidad. Eso porque normalmente lo justo suele estar asociado a lo lógico, a lo racional. Las exigencias contenidas.

Bien, la Constitución vigente de Brasil habla de “sistema” tributario en su capítulo I del título VI y en justicia en su artículo 3º y ellos solamente podrán estar en equilibrio si hay una racionalidad en la estructuración de las múltiples figuras tributarias.

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 105-106.

⁷ IPEA. Nota Técnica 2011. Número 1. Diest. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria da Fazenda Nacional*. Disponível em: http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf, pp. 16-17.

⁸ BOUVIER, Michel. La question de l'impôt idéal. In: *L'Impôt*. Paris: Dalloz, 2002, p. 16.

⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia de Letras, 2010, pp. 320-321.



Sainz de Bujanda¹⁰ fue uno de los precursores, en el mundo latino, de que la idea de racionalidad debería estar siempre presente en un sistema tributario. Para él, en primer lugar, hay que distinguir entre una racionalidad interna y otra externa. En sus propias palabras:

Un sistema tributario sólo es racional si, acreditada la racionalidad externa, es decir, a su capacidad para combinarse armónicamente con las restantes modalidades de imposición que integran el conjunto.

[...]

La racionalidad externa de un tributo consiste en su idoneidad para integrarse dentro del sistema, sin romper la racionalidad de este último, lo que acontece si cualquiera de las figuras impositivas que lo componen, al asociarse con las restantes, destruye los objetos básicos del sistema, conculca los principios generales de justicia tributaria¹¹.

Por todo eso, Bujanda atribuía al legislador el uso adecuado de una técnica para, al establecer o modificar cada uno de los tributos, que lo comprobara con rigor si podría hacer parte del conjunto sin violencia¹².

En ese sentido, tenemos que la racionalidad está intrínsecamente ligada al valor de lo justo y además, a los otros principios previstos en la Constitución, como principalmente, la no confiscatoriedad, la seguridad jurídica y la capacidad económica de los contribuyentes. Y una vez más, recogimos, en su literalidad, al profesor: “un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo, y sólo puede ser justo si se adecua a las normas fundamentales y primarias contenidas en el texto constitucional”¹³.

Con esta perspectiva de la racionalidad necesaria de un sistema tributario, introducimos aquí la obra de Fritz Neumark: “Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik¹⁴”, de 1970, que fue traducida, en 1973, para el español, con el título “Principios de la imposición”. Se trata de la referencia más notable relativa a los principios que un sistema tributario ideal de un Estado moderno debe presentar.

¹⁰ BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Tomo 1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *La contribución territorial urbana: trayectoria histórica y problemas actuales*. Valencia: Consejo General de las Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, 1987.

¹¹ BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Tomo 1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975, p. 12.

¹² BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Tomo 1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975.

¹³ BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Tomo 1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975, p. 15.

¹⁴ Tradução literal: Principios de política fiscal justa y económicamente racional.

Será esa obra que nos servirá de guía para verificar si uno de los más importantes impuestos del sistema tributario brasileño, el impuesto sobre productos industrializados (IPI), puede ser considerado un impuesto racional, apto a ensamblarse sin violencia al conjunto. En medio de una amplia discusión sobre una reforma del complejo sistema tributario brasileño, parece no haber duda de que sus varios impuestos indirectos han que fundirse para tornarlo más previsible y sencillo. Entre esos impuestos está el IPI y un estudio sobre su racionalidad o irracionalidad puede contribuir para esa discusión en la medida que puede mostrar en qué sentido el sistema podría caminar.

Con ese objetivo, el artículo está estructurado en cuatro secciones. En la primera, adentraremos un poco en la obra de Neumark¹⁵ y presentaremos, de forma sencilla, sus principios de imposición. Después, trataremos de los antecedentes históricos del IPI en Brasil y, al estudiar sus características, veremos cómo se dio su inserción en el ordenamiento brasileño. En un tercer capítulo, trataremos de la armonización o no de este impuesto con los principios de Neumark¹⁶. En la conclusión, lanzaremos, también, algunas propuestas para una mejor adecuación de los tipos tributarios en los cuales el IPI está inserto.

309

1 PARA ENTENDER LOS PRINCIPIOS IMPOSITIVOS DE FRITZ NEUMARK

Constatamos, de inicio, que solamente un número relativamente reducido de autores se han ocupado de agrupar y sistematizar los principios de la imposición. Principios, postulados, directrices, *canons*, *règles*, *maximes* son siempre algo normativo, preceptos del deber ser que son elaborados para que determinados objetivos sean alcanzados. Para Gerloff¹⁷, se buscaría un tipo ideal de imposición que solamente por vía especulativa se llegaría. Mientras tanto, estos objetivos también podrían ser de naturaleza práctica para, racionalizando ideologías, permitan obtener o conservar el poder.

De hecho, concordamos con Neumark¹⁸ que la sistematización de principios sólo se puede llevar a cabo mediante alguna arbitrariedad y que la inclusión de ciertos principios en un grupo determinado no significa que ellos no importan a otros grupos de interés. Pero es con una

¹⁵ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.

¹⁶ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.

¹⁷ GERLOFF, W. *Steuerwirtschaftslehre*. In: *Handbuch der Finanzwissenschaft*, Tomo 1, Tübingen, 1926, p. 450 *apud* NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 24.

¹⁸ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 37.



clasificación que podremos comprender la naturaleza de los diferentes principios y las relaciones entre los mismos.

Neumark toma como base las condiciones sociales, económicas y políticas de Estados sociales de derecho del final de los años sesenta que aún hoy se puede ser aplicado para países que configuran su constitución y su derecho tributario llevando en consideración las economías democráticas occidentales más desarrolladas.

Ha sido creado, por consiguiente, una nueva *Fiscal Policy* con las siguientes características: los impuestos se han convertido en la fuente ordinaria de financiación del presupuesto; son presupuestos por el ejecutivo pero aprobados por los representantes de los ciudadanos; se ha producido un gran cambio en los fines y funciones de los impuestos; entre otros¹⁹.

Para la configuración de los principios, una serie de ideas se impusieron y han tenido una grande relevancia. Entre ellas, la sustitución del ideal clásico y liberal del Estado gendarme por el Estado intervencionista social; políticas fiscales dirigidas a mitigar las oscilaciones económicas y a fomentar el crecimiento. Hubo un cambio muy importante sobre lo que debe ser considerado justo desde el punto de vista de la distribución de la carga tributaria (generalidad, capacidad contributiva, proporcionalidad) y también cuanto a la distribución de renta generada por el mercado mediante una intervención correctora del estado²⁰.

De inicio, cabe observar la síntesis que nos ofrece Neumark²¹ sobre algunos postulados que pertenecen a una concepción de la naturaleza, funciones y posibilidades de la imposición que no son validadas por las condiciones materiales, ideológicas e institucionales del régimen fiscal vigente en los países occidentales democráticos. Serían los llamados viejos postulados como él de moderación (que supone que el mejor servicio al bienestar económico consiste en dejar la mayor renta posible a la libre disposición de los individuos; y el de neutralidad (la no interferencia del impuesto en la situación relativa de los contribuyentes en materia de renta y riqueza).

¹⁹ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 14-20.

²⁰ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 20-23.

²¹ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 20-23.



Parte el autor²² de una reflexión previa sobre los fines a los que debe servir el orden tributario y hace un análisis de los principios a los que debe responder el cuadro impositivo. Así, coloca en primer lugar los principios relativos a la política financiera o fines político-presupuestarios, afirmando como prioritarios los principios de suficiencia y de capacidad de adaptación para la cobertura de los gastos públicos. Un segundo lugar sería ocupado por los principios que son derivados del postulado de justicia, fines político-sociales y éticos como la generalidad, la igualdad y la proporcionalidad o capacidad de pago, y el postulado relativo a la redistribución de renta. En tercer lugar, están los principios involucrados con la eficiencia impositiva o político-económicos, como evitar el dirigismo estatal, minimizar la intervención tributaria en la esfera privada, evitar distorsiones a la competencia y favorecerla como también la flexibilidad activa, la flexibilidad pasiva, favorecer el desarrollo. Al final, cuida de aquellos principios relacionados a la eficacia operativa, como congruencia y sistematización, transparencia, factibilidad, continuidad, economicidad y comodidad.

Seguidamente, vamos a presentar cada uno de estos principios de una manera sencilla para que sea posible verificar su observación o no por el impuesto sobre productos industrializados de Brasil.

Empecemos con el principio de suficiencia. Suficiente sería un sistema fiscal comprendido por impuestos que estén en relación inmediata con el desarrollo económico y que estén en condiciones de mostrar esta evolución. Para Neumark²³, en cuanto a un Estado de bienestar, es inconcebible un sistema fiscal suficiente para sus necesidades financieras que no comprenda por lo menos uno de los grandes impuestos productivos: el impuesto sobre la renta y el impuesto sobre el volumen de ventas. Además, tendría que haber una tendencia a que se reduzca la relativa importancia presupuestaria de impuestos de consumo como los que gravan el tabaco y las bebidas alcohólicas pues no sería él capaz de garantizar la cobertura duradera de los gastos.²⁴

311

²² NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 53 e segs.

²³ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 61-62.

²⁴ Para los motivos de la necesaria reducción de estos impuestos sobre el consumo, ver Neumark (1961).

Con respecto al principio de capacidad de adaptación, transpusimos aquí la definición clara de Neumark²⁵:

[...] el principio de la capacidad de adaptación de la imposición en la política de cobertura enuncia que el sistema fiscal ha de permitir que, en caso necesario y a corto plazo, se consigan mediante medidas jurídico-fiscales los ingresos complementarios que sean imprescindibles para la cobertura económicamente racional de unas necesidades adicionales notablemente superiores a la medida usual ('normal'), surgidas como consecuencia de nuevos gastos de carácter permanente o de carácter único y extraordinario.

En otras palabras, en caso necesario y a corto plazo, el sistema tributario debe contener impuestos capaces de suministrar los ingresos necesarios para cubrir nuevos gastos de carácter permanente o de carácter único y extraordinario²⁶.

Para el principio de generalidad, tenemos una delimitación precisa: todas las personas naturales y jurídicas con capacidad de pago deben someterse al impuesto. Ninguna persona puede excluirse de un impuesto general y personal a no ser que por un fin del propio Estado²⁷.

¿Y en cuánto al principio de igualdad? Las personas en situación igual han de recibir el mismo tratamiento impositivo, pero un trato tributario desigual debe ser perseguido para las personas que se encuentren en situaciones diferentes²⁸.

Para el principio de proporcionalidad o de la imposición de acuerdo con la capacidad de pago personal o individual, entendemos que las cargas tributarias deben ser fijadas en proporción a los índices de capacidad de pago, de forma que la imposición se quede igualmente onerosa, relativamente, para cada contribuyente²⁹.

Acerca del principio de redistribución fiscal de la renta y de la riqueza, Neumark³⁰ reza que la imposición debe alterar la distribución primaria de la renta resultante del sistema económico, disminuyendo las diferencias de renta con el uso de la progresividad.

A seguir, los principios político-económicos. Sobre el principio de evitación de medidas fiscales dirigistas, la imposición no debe practicar intervenciones parciales y de forma no sistemática para que ni perturbe ni beneficie la constitución o el funcionamiento de

²⁵ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 71.

²⁶ GARCÍA, Felipe Romero. *El valor sistema tributario: acerca de su integración entre los principios de imposición*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005, p. 161.

²⁷ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 89.

²⁸ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 106-107.

²⁹ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 150-151.

³⁰ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 202 y segs.

determinados sectores de la actividad económica. En cuanto al principio de minimizar las intervenciones fiscales en la esfera privada y en la libertad económica de los individuos, los impuestos deben mantener la mínima intervención en la esfera privada y no perturbar el ejercicio de actividades económicas. Hay todavía el principio de evitar las consecuencias indeseadas del impacto fiscal sobre la competencia en la medida en que el impuesto debe evitar las consecuencias involuntarias que perjudique la competencia³¹.

En relación con el principio de la flexibilidad activa de la imposición, la política tributaria debe ser tal que esté en condiciones de regular la política coyuntural variando la estructura o los procedimientos tributarios³². Cuanto a la flexibilidad pasiva³³, tenemos que llevar en consideración un sistema tributario que sea capaz de amortiguar automáticamente las fluctuaciones de la actividad económica. Y el principio de una imposición orientada hacia la política de crecimiento económico está asociado a que los impuestos no deben imponer obstáculos para el desarrollo u entonces ejercer una influencia positiva para las fuerzas que lo influncian³⁴.

Finalmente, están los principios jurídico-tributarios y técnico-tributarios³⁵. El principio de congruencia y sistematización de las medidas fiscales significa que el sistema tributario debe buscar la consecución de sus distintas finalidades y así no podrá tener huecos o contradicciones en su estructura. Referente al principio de transparencia fiscal, las normas deben ser inteligibles, de manera que sean claras y precisas cuando establezca los deberes. Está también el principio de factibilidad de las medidas fiscales, o sea, las normas tributarias deben ser practicables por los contribuyentes y aplicables por la Administración. Ya el principio de continuidad del derecho fiscal dice que las normas tributarias deben tener una vigencia continuada y sus modificaciones deben ser implementadas en medio de una reforma general y sistemática. Para el principio de la economicidad de la imposición, tenemos que la estructura del sistema tributario y la composición de sus partes deben ser de tal forma que los gastos que suporta la Administración o los contribuyentes para la gestión, recaudación e inspección no sean mayores

³¹ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 239 y segs.

³² NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 305.

³³ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 314-315.

³⁴ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 331 y segs.

³⁵ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 355 y segs.



que el mínimo necesario para alcanzar los principios político-económicos o político-sociales de la imposición³⁶.

En nuestro planteamiento, al tratar de la racionalidad prevista en Bujanda³⁷, estamos, en realidad, buscando si un determinado impuesto se insiere en un sistema tributario de forma sistémica, de forma coordinada. Cabe subrayar lo que ha escrito Checa González³⁸ sobre una tal vez necesaria coordinación entre las diferentes especies tributarias, que se obligaría a considerarlas:

[...] no como mónadas aisladas, sino como partes integrantes de un todo más amplio, en definitiva, de un sistema tributario, [...] del que se desprende que el deber de contribuir a los gastos públicos se produce no de forma aislada y con falta de coordinación interna entre los distintos recursos financieros que integran la Hacienda Pública, sino, antes al contrario, de manera coordinada y sistemática, lo que es demostrativo de la trabazón interna y de la mutua articulación que entre sí han de tener los diversos componentes de un sistema tributario de un país.

Enseguida, comentaremos sobre el origen del impuesto sobre productos industrializados de Brasil, sus principales características y los problemas planteados por su utilización extrafiscal.

314

2 EL IMPUESTO SOBRE PRODUCTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI) EN BRASIL

Históricamente, surge con la ley nº 25 de 1891 incidiendo inicialmente sobre el fumo y luego sobre otros productos específicos³⁹. Antes de la reforma tributaria introducida por la Enmienda Constitucional nº 18 de 1965, el IPI era un denominado Impuesto de Consumo, grabando la salida de productos de un establecimiento fabril. Mientras tanto, la denominación no era adecuada ya que el consumo representa la utilidad de una mercadería y cuando él sale de una fábrica no se puede todavía hablar de consumo⁴⁰.

³⁶ Para esos principios, ver también GARCÍA (2010).

³⁷ BUJANDA, Fernando Sainz de. *La contribución territorial urbana: trayectoria histórica y problemas actuales*. Valencia: Consejo General de las Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, 1987.

³⁸ CHECA GONZALEZ, Clemente. *La supresión del impuesto sobre sucesiones y donaciones: materiales para la reflexión*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 19.

³⁹ COELHO, André Felipe Canuto; OLIVEIRA, Getúlio Tito Pereira de. A tributação no Brasil: uma questão histórica. *Revista Duc in Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº17, jan.-abr. 2017, p. 238.

⁴⁰ AMED, F.J.; NEGREIROS, P.J.L.C. *História dos tributos no Brasil*. São Paulo: Edições SINAFRESP, 2000, *passim*.

Presenta las siguientes características⁴¹:

- i) Es un impuesto real pues incide sobre los bienes de la industria y así no lleva en consideración la capacidad económica de los contribuyentes involucrados en el proceso.
- ii) Es un impuesto periódico, la verificación del hecho imponible, basado en el principio de la no conmutatividad del impuesto, necesita de un periodo de tiempo para ocurrir;
- iii) Es un impuesto indirecto porque permite la transferencia de la carga fiscal del contribuyente de derecho para él de facto.
- iv) Es un impuesto proporcional pues sus alícuotas varían, de manera constante, en función del valor del producto.

Antes de todo, tenemos que subrayar que el IPI no es un impuesto que busca únicamente recursos para la Hacienda Pública. Están los tributos en fiscales, que tienen como finalidad de recaudación de recursos financieros, los parafiscales, los que se destinan a costear actividades paralelas a las de administración pública directa, como la seguridad social) y extrafiscales, que pueden buscar la corrección de situaciones sociales indeseadas y el estímulo o el desestímulo de ciertas actividades⁴².

De hecho, a partir de su nueva denominación en 1965, el IPI empezó a tener cada vez más una función reguladora y proteccionista. La función reguladora significa que, al actuar sobre el consumo, es capaz de tornar el consumo de un producto más oneroso. En cuanto a la función proteccionista, tiene que ver con la política de incentivos sobre la cual se basa la legislación del impuesto, incentivando determinadas actividades y estimulando el desarrollo de algunas regiones del país.

Existen en Brasil los denominados regímenes fiscales sectoriales, también denominada de política de incentivos fiscales. Consiste en docenas, o incluso cientos, de políticas públicas dirigidas a sectores económicos, regiones geográficas y otros numerosos fines sociales, esbozadas por disposiciones legislativas de todas las entidades políticas de los tres niveles de la federación brasileña.

⁴¹ BORGES, José Cassiano; AMÉRICO dos REIS, Maria Lúcia. *O IPI ao alcance de todos: atualizado de Acordo com o Decreto 7.212, de 2010*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.

⁴² VARONA ALABERN, J.E. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2009. ATALIBA, G. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, 1990.



Muchas veces los incentivos fiscales duran varias décadas, como los destinados a la Zona franca de Manaus. Sin embargo, hay otras que perduraran por algunos meses, o pocos años, como gran parte de las exenciones concedidas en virtud del IPI a sectores específicos de la industria o a la IOF (Impuesto sobre Operaciones Financieras), cuyo objetivo es cumplir los objetivos de coyuntura de la política económica.

El impuesto sobre productos industrializados se destacó como un instrumento de estas políticas, bajo la premisa de que su exención reduciría los costos y aumentaría la competitividad del producto nacional, estimulando el consumo interno, las exportaciones, el aumento de la producción y la generación de puestos de trabajo.

El IPI ha sido el principal mecanismo para la promoción del desarrollo industrial, alcanzando un nivel cercano al 45% de los gastos fiscales⁴³ totales de la política industrial desde 2010, muy superior a la importancia de otros impuestos más utilizados para este fin, como la Contribución Social a la Financiación de la Seguridad Social (menos del 20%), el Impuesto sobre la Renta de las Sociedades (menos del 15%), el Impuesto de Importación (menos del 15%), entre otros⁴⁴.

316

En este escenario, la importancia del IPI para la recaudación de los ingresos públicos ha ido disminuyendo: su participación en el PIB industrial ha disminuido de un nivel del 7 por ciento en 2000 a niveles cercanos al 4 por ciento con respecto a 2016. De acuerdo con la Administración Tributaria Federal (SRF) de Brasil, el costo de sus exenciones quintuplicó entre 2010 y 2018⁴⁵.

Tal vez una de las mayores desventajas de los gastos fiscales es precisamente la cantidad de recaudación de impuestos que se pierde. Podestá⁴⁶ señala que lo que ya no se recoge

⁴³ Estos beneficios fiscales se conceptualizaron en la década de 1980 como gastos fiscales, es decir, como gastos indirectos realizados a través del sistema tributario dirigidos a objetivos económicos y sociales. Reducen los ingresos potenciales, aumentan la disponibilidad de los contribuyentes y, al mismo tiempo, representan excepciones al sistema tributario de referencia (SURREY; MCDANIEL, 1985, p. 3). Ver también Burman (2003).

⁴⁴ CURADO, M.; CURADO, T. Uma estimativa dos custos fiscais da política industrial recente (2004-2016). *Texto para Discussão n° 2248. IPEA*, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29095>. BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. Gastos fiscais: regalia sob forma de despesa pública indireta? *Revista de Informação Legislativa: RIL*. Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 181-199, abr./jun. 2019. Disponível en: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p181. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁴⁵ BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. Gastos fiscais: regalia sob forma de despesa pública indireta? *Revista de Informação Legislativa: RIL*. Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 181-199, abr./jun. 2019. Disponível en: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p181. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁴⁶ Podestá (2018) *apud* UNITED NATIONS. *Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Fiscal panorama of Latin America and the Caribbean: public policy challenges in the framework of the 2030 agenda*.



en nuestro subcontinente suele alcanzar un promedio de dos puntos porcentuales del PIB. Brasil estaría muy por encima de este promedio, con un 4%, pero por debajo de países como Uruguay, con más del 6%, y Colombia, con 7,5%.

Ese mismo informe de las Naciones Unidas⁴⁷, concluye con una preocupación muy pertinente al presente trabajo: teniendo en cuenta los elevados costes de los gastos fiscales, su existencia debe estar justificada por los resultados presentados. Sin embargo, aquí aparece una brecha: no hay una evaluación sistemática de los impactos sociales, jurídicos y económicos, ya sean sectoriales o globales, en toda América Latina⁴⁸.

Veamos ahora algunos principios previstos para el IPI. La Constitución de Brasil prevé, en su artículo 150, las denominadas limitaciones al poder de tributar, que son en realidad garantías de los contribuyentes:

Art. 150. Sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, está prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:

- I. exigir o aumentar tributos sin ley que los establezca;
- II. dispensar un tratamiento desigual entre contribuyentes que se encontrasen en situación equivalente, prohibiéndose cualquier distinción por razón de ocupación profesional o función por ellos ejercida, independientemente de la denominación jurídica de los rendimientos, títulos o derechos;
- III. cobrar tributos:
 - a. en base a hechos imponibles ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que los hubiera establecido o ampliado;
 - b. en el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que los estableció o amplió;
 - c. antes de que hayan transcurrido noventa días a partir de la fecha en que se publicó la ley que los instituyó o aumentó, sujeto a las disposiciones de la alinea b;
- IV. utilizar tributos con fines confiscatorios;
- V. establecer limitaciones al tráfico de personas o bienes, por medio de tributos interestatales o intermunicipales, exceptuándose el cobro de peaje por utilización de vías conservadas por el Poder Público;
- VI. establecer impuestos sobre:
 - a. patrimonio, renta o servicios, unos de otros;
 - b. templos de cualquier culto;

317

Santiago: Eclac, 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43406/7/S1800081_en.pdf. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁴⁷ UNITED NATIONS. *Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Fiscal panorama of Latin America and the Caribbean: public policy challenges in the framework of the 2030 agenda*. Santiago: Eclac, 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43406/7/S1800081_en.pdf. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁴⁸ UNITED NATIONS. *Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Fiscal panorama of Latin America and the Caribbean: public policy challenges in the framework of the 2030 agenda*. Santiago: Eclac, 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43406/7/S1800081_en.pdf, p. 56. Acceso en: 20 mar. 2020.



- c. patrimonio, renta o servicios de los partidos políticos, incluyendo sus fundaciones, de las entidades sindicales de los trabajadores, de las instituciones de educación y de asistencia social, sin fines lucrativos, atendiendo a los requisitos de la ley;
- d. libros, diarios, periódicos y el papel destinado a su impresión;
- e. fonogramas y videofonogramas musicales producidos en Brasil que contienen obras musicales o literomusicales de autores brasileños y / o obras en general interpretadas por artistas brasileños.

En cuanto al principio de la legalidad tributaria es necesario ver su extensión con lo que el art. 97 del Código Tributario de Brasil establece⁴⁹. Así, está subyugado a la reserva legal la creación de tributos o su extinción; el suyo aumento o reducción; la definición del hecho imponible y del sujeto pasivo; la definición de las alícuotas y de su base de cálculo; la definición de penalidades, entre otros.

No obstante, a pesar del principio de legalidad no contener excepciones con respecto a la creación de tributos, las hay para su aumento para algunos impuestos. Y el IPI es uno de ellos. Su aumento puede hacerse mediante un decreto del poder ejecutivo. Otra excepcionalidad del IPI se refiere art. 150, III, b en su § 1º, o sea, los aumentos de alícuotas para el IPI pueden vigorar en un mismo ejercicio financiero.

En términos de imposición, el principal parámetro de desigualdad a ser considerado para el tratamiento diferenciado de las personas está en el párrafo 1º del artículo 145 de la Constitución de Brasil⁵⁰:

§ 1º Siempre que fuese posible, los impuestos tendrán carácter personal y se exigirán de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente, pudiendo la Administración tributaria, en especial para conferir efectividad a estos objetivos, identificar, respetando los derechos individuales y en los términos de la ley, el patrimonio, los rendimientos y las actividades económicas del contribuyente.

Esa regla, conocida como capacidad contributiva, la cual veda el tratamiento desigual entre contribuyentes que se encuentren en situación equivalente, es más específica para los personales, como el impuesto sobre la renta. Siendo un impuesto sobre las cosas, los productos industrializados, la aplicación de esta regla para él va a depender de un análisis de la situación concreta.

⁴⁹ BRASIL. *Código Tributário Nacional de 1966*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁵⁰ BRASIL. *Constitución Federal de 1988*. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html#mozTocId174738>. Acceso en: 20 mar. 2020.

Además de estos principios o reglas establecidos en los artículos 145 y 150 de la Constitución de Brasil y que serían aplicables a todos los impuestos, hay algunos específicos previstos en el artículo 153, §3, I, II y III.

El primero sería la selectividad (art. 153, § 3º, I) que dice que el IPI será selectivo en función de la esencialidad del producto. Se dice que un impuesto es selectivo cuando la tributación varía según la esencialidad del producto. A la proporción en que el producto adquiere utilidad marginal, la tributación aumenta. En otras palabras, el IPI debe de ser un tributo que grava más los productos superfluos y menos los más esenciales.

Previsto en el artículo 153, §3º, II, la propiedad de no ser acumulativo es una de sus características esenciales: se debe compensar lo que fuese debido en cada operación con el montante cobrado en las anteriores. En la práctica, se compensa el impuesto soportado en las operaciones anteriores, de manera que el impuesto no sea acumulado en las operaciones subsecuentes, evitando, así, la tributación en cascada.

Al adquirir insumos gravados por el IPI, la industria adquiere un crédito (derecho de compensación futuro), relativo al impuesto pagado por la adquisición del insumo. Después de llevar a cabo el proceso industrial, al vender productos industrializados, sufre la incidencia del IPI, y ahora tiene una deuda (obligación de pago futuro) con la Administración Tributaria. En los impuestos no acumulados, el importe adeudado resulta de la diferencia entre el impuesto adeudado en la transacción posterior y el requerido en la transacción anterior. Aparentemente, este procedimiento es similar a gravar el valor añadido en el proceso de industrialización, pero esto no ocurre necesariamente, porque cualquier diferencia en los tipos o exenciones en las fases anteriores cambia la carga fiscal final. En cuanto al precio del producto, el IPI es un "por fuera", es decir, la alícuota está en el precio del producto, y se añade al valor del producto. Por lo tanto, si un producto se vende al precio de \$ 100,00 y se grava al 5%, el vendedor cobrará al comprador \$ 105,00, refiriéndose al precio del producto más IPI.

Por fin, con el objetivo de no exportar tributos, prevé la Constitución la no incidencia del IPI cuando sea el producto destino para el exterior (art. 153, §3º, III).

La Ley General Tributaria, que en Brasil recibe el nombre de Código Tributario Nacional, Ley 5.172/66 complementa las reglas de competencia establecidas por la Constitución al disciplinar las directrices que el legislador tiene que observar para definir los hechos imposables del tributo. Para el IPI, tales directrices están en el artículo 46 hasta el 51.

La ley nº 4.502/64 es la ley de regencia del IPI aunque haya sido alterada por diversas veces desde entonces. En cuanto al decreto regulador del IPI, actualmente vigora el de número 7.212/2010, lo cual orienta el sujeto pasivo de la obligación tributaria, en cada detalle, sobre los procedimientos aplicables a la exigencia del impuesto.

3 ¿ES EL IPI UN IMPUESTO RACIONAL?

En ese capítulo buscaremos verificar si el IPI es un impuesto racional en la medida que observa o no los principios de la imposición levantados por Neumark⁵¹.

Comencemos por los principios relativos a la política financiera o fines político-presupuestarios. ¿Es el IPI un impuesto suficiente? Para responder a esta cuestión, tenemos que tomar en cuenta que este principio fue pensado para la totalidad del sistema fiscal de manera que los recursos recaudados sean suficientes para cubrir los gastos necesarios. Pero el autor⁵², al destacar que para eso los impuestos deben estar en inmediata relación con el desarrollo económico, los impuestos de consumo, como los que gravan el tabaco y las bebidas alcohólicas con alícuotas altísimas deberían ser desestimados en favor de aquellos sobre el volumen de ventas. Por consiguiente, no sería el IPI un impuesto suficiente.

Considerando que para el principio de la capacidad de adaptación, el sistema tributario debe contener impuestos capaces de suministrar los ingresos necesarios para cubrir nuevos gastos de carácter permanente o extraordinario, y considerando que el aumento de las alícuotas de IPI pueden darse mediante actos del Ejecutivo (decretos) sin necesitar de pasar por los demorados trámites legislativos y que también no se necesita esperar el ejercicio financiero siguiente para ser exigido el aumento, tiene él capacidad de adaptación.

Pasemos a los principios políticos-sociales. ¿El principio de generalidad es observado? Aunque el IPI haya sido utilizado como medio de estímulo para diversos sectores de la actividad económica mediante una serie de beneficios fiscales, alejándose de ese principio, tenemos que considerar que esos beneficios se dieron, al principio, con un fin público mediante un proceso legislativo con amplio debate, lo que permite al IPI ser abarcado por la generalidad.

⁵¹ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.

⁵² NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, pp. 65-66.

Diferente es para el principio de igualdad. Por ser un impuesto real, que incide sobre productos, no hay aquí una observancia a la regla de que las personas en situación igual deben recibir el mismo tratamiento impositivo, pero un trato tributario desigual suele ser perseguido para las personas que se encuentren en situaciones diferentes.

Por la misma razón, tampoco es aplicable el principio de proporcionalidad o de la imposición de acuerdo con la capacidad de pago personal o individual. Para el IPI las cargas tributarias no son fijadas en proporción a los índices de capacidad de pago.

Por no ser progresivo y no atentar al principio de la igualdad, a pesar de ser selectivo en función de la esencialidad de los productos, el IPI, justamente por ser un impuesto indirecto, no altera la distribución primaria de la renta resultante del sistema económico.

¿Qué decir de la sumisión a los principios político-económicos de la imposición? De inicio, para el principio de evitación de medidas fiscales dirigistas lo que Neumark pretendía era denunciar “aquellas intervenciones en la economía de mercado que de manera no sistemática y fragmentaria favorezcan o perjudiquen a grandes o pequeños sectores de la vida económica en su evolución o en su estructura”⁵³. Estudios empíricos realizados para el IPI en las dos últimas décadas revelaron que en varias ocasiones en que no ha habido una racionalidad económica por detrás de apoyo y del fomento a sectores de la economía, pero sí una motivación política⁵⁴. Entendemos así que el IPI no respeta el principio de evitación de políticas fiscales dirigistas.

Por idénticas razones, no vemos el IPI como un impuesto apto ni a minimizar las intervenciones fiscales en la esfera privada y en la libertad económica de los individuos ni de evitar las consecuencias indeseadas del impacto fiscal sobre la competencia. Cuánto a ese último aspecto, el impuesto, mediante la creación de políticas sectoriales beneficiosas para algunos sectores y para algunas regiones del país, protegiéndoles de la competencia interna y externa mismo después del fin de los motivos primeros que llevaran a su implemento, ha posibilitado verdaderos nichos de mercado donde la competencia no existe⁵⁵.

⁵³ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 250.

⁵⁴ PAES, N. A curva de Laffer e o Imposto sobre Produtos Industrializados – Evidências Setoriais. *Caderno de Finanças Públicas*, n.10, p. 5-22, 2010. PAES, N. O Hiato tributário do imposto sobre produtos industrializados – evidências setoriais. *Rev. Bras. Eco. de Emp.*; 11(2), p. 41-53, 2011. GERACY, Igor Vinícius De Souza. *Desonerações do imposto sobre produtos industrializados: impactos sobre o mercado de trabalho*. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Brasília, 2018.

⁵⁵ GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 72-94, Jan-Jun, 2012.

En lo tocante al principio de flexibilidad activa y pasiva es preciso antes revelar que el IPI representa una parcela muy pequeña de la recaudación total de Brasil, un 2,5%. Una vez que la carga tributaria brasileña fue en el año de 2019 cerca de 35% del PIB, eso representa tan solo menos 0,85% del PIB. Además, considerando el intervalo entre 2009 y 2019, el IPI dejó de recaudar un 0,4% del PIB⁵⁶.

Con estos datos, teniendo en cuenta que la flexibilidad activa lleva en consideración la capacidad de un tributo mediante su manejo preciso y puntual de contrarrestar las tendencias inflacionistas o deflacionistas del desarrollo económico y flexibilidad la pasiva es como si ya estuviera inserida en el propio impuesto la capacidad de amortiguar las fluctuaciones de la actividad, particularmente los del valor monetario y las del empleo, no se puede aplicar ninguno de esos principios al IPI.

Con referencia al principio de una imposición orientada hacia el crecimiento económico, o sea, un tributo que no produzca efectos que frenen el crecimiento o que sea capaz de ejercer una influencia positiva sobre el mismo, el papel del IPI en términos macroeconómicos, puede decirse beneficioso pero a costo de una disminución relativa muy grande su participación en recaudación total⁵⁷.

Finalmente, la adherencia o no a los principios jurídico-tributarios y técnico-tributarios. Empecemos por la congruencia. Ese principio demanda un sistema fiscal que, en sus partes, no se desatienda por entero o en su mayor parte algún otro objetivo perseguido por otros principios de la política fiscal⁵⁸. Una vez que ya advertimos que las modificaciones del IPI son determinadas muchas veces por presiones de grupos empresariales que se alejan de una lógica económica, la congruencia no es observada⁵⁹.

SCHAPIRO, MARIO G. O estado pastor e os incentivos tributários no setor automotivo. *Rev. Econ. Polit.*, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 437-455, June 2017. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572017000200437&lng=en&nrm=iso>. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁵⁶ AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber Pacheco de. *Carga tributária bruta de 2019: recorde histórico e evidências federativas*. Versão preliminar. 2020. Disponible en: file:///C:/Users/AFCC/Downloads/Carga-2019-Folha-SP.pdf. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁵⁷ CALLIENDO, Paulo. TRIBUTAÇÃO E ORDEM ECONÔMICA: OS TRIBUTOS PODEM SER UTILIZADOS COMO INSTRUMENTOS DE INDUÇÃO ECONÔMICA? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. V. 20 n. 20, 2016. AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber Pacheco de. *Carga tributária bruta de 2019: recorde histórico e evidências federativas*. Versão preliminar. 2020. Disponible en: file:///C:/Users/AFCC/Downloads/Carga-2019-Folha-SP.pdf. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁵⁸ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 357.

⁵⁹ PAES, N. A curva de Laffer e o Imposto sobre Produtos Industrializados – Evidências Setoriais. *Caderno de Finanças Públicas*, n.10, p. 5-22, 2010. PAES, N. O Hiato tributário do imposto sobre produtos industrializados – evidências setoriais. *Rev. Bras. Eco. de Emp.*; 11(2), p. 41-53, 2011. GERACY, Igor Vinícius De Souza.

¿Será que podemos decir que el IPI es transparente como Neumark⁶⁰ presenta ese principio? ¿Presenta la legislación de IPI el máximo posible de inteligibilidad y sus disposiciones son claras y precisas que excluye toda duda sobre los derechos y deberes de los contribuyentes? El contencioso administrativo y judicial de ese impuesto, principalmente en lo que se refiere a los montantes involucrados, no nos permiten contestar afirmativamente⁶¹.

Con respecto al principio de factibilidad de las medidas fiscales, la legislación de IPI, aunque sea objeto de fallos administrativos y judiciales, como vimos en el párrafo anterior, es, en su mayor parte, justamente por ser un tributo establecido ya hace varias décadas tributarias, practicable por los contribuyentes y aplicable por la Administración. Mientras tanto, visto que las normas de IPI, en especial aquellas destinadas para sectores específicos, como, por ej., los regímenes automovilísticos y de bebidas, suelen cambiar mucho y de forma asistemática, el principio de continuidad no es observado. Para el principio de la economicidad de la imposición, no tenemos medio para evaluarlo.

CONCLUSIÓN

El recorrido histórico que hemos realizado nos ha permitido revelar algunas respuestas relevantes a si el impuesto sobre productos industrializados en Brasil respeta los principios impositivos levantadas por Neumark⁶². En resumen, tenemos que ese impuesto ha sido reprobado. Entre los diecisiete principios analizados, ha respondido negativamente en once de ellos, positivamente en cinco y ha quedado sin respuesta en uno.

Lo que este estudio revela es que pasadas casi seis décadas desde su configuración actual con la Ley 4.502 de 1964, el IPI no es más un impuesto racional - no se ha estudiado si algún día lo ha sido. Y eso puede tornarse un subsidio a la reforma tributaria que viene siendo discutida en Brasil desde hace 2019 con la creación del IBS (Propuesta de Enmienda Constitucional 45/2019).

Desonerações do imposto sobre produtos industrializados: impactos sobre o mercado de trabalho. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Brasília, 2018.

⁶⁰ NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 366.

⁶¹ BRASIL. *CARF*. 2020. Disponible en: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/>. BRASIL. *STJ*. Jurisprudência em Teses trata do IPI. 2020. Disponible en: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-08_10-43_Jurisprudencia-em-Teses-trata-do-IPI.aspx. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁶² NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.



El IPI es un componente importante del complejo sistema tributario que torna Brasil cada vez menos productivo. Los tributos indirectos, entre ellos el IPI, genera graves distorsiones tributarias cuando comparamos diferentes sectores de la economía. La propuesta de creación del IBS (impuesto sobre bienes y servicios) intenta transformar el modelo de tributación indirecto brasileño mediante la substitución de cinco tributos (ICMS, IPI, ISS, COFINS e ISS), donde todos pagarán el mismo impuesto, de una manera más justa y eficiente. Seguiría así el modelo del IVA, ya utilizado en diversos lugares del mundo⁶³.

REFERENCIAS

ADAMS, Charles. *For good and evil: the impact of taxes on the course of civilization*. 2nd ed. Lanham, MD: Madison Books, 1999.

AFONSO, José Roberto; CASTRO, Kleber Pacheco de. *Carga tributária bruta de 2019: recorde histórico e evidências federativas*. Versão preliminar. 2020. Disponible en: <file:///C:/Users/AFCC/Downloads/Carga-2019-Folha-SP.pdf>. Acceso en: 20 mar. 2020.

AMED, F.J.; NEGREIROS, P.J.L.C. *História dos tributos no Brasil*. São Paulo: Edições SINAESP, 2000.

ATALIBA, G. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, 1990.

BORBA, Bruna Estima; COELHO, André Felipe Canuto. Gastos fiscais: regalia sob forma de despesa pública indireta? *Revista de Informação Legislativa: RIL*. Brasília, DF, v. 56, n. 222, p. 181-199, abr./jun. 2019. Disponible en: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p181. Acceso en: 22 mar. 2020.

BORGES, José Cassiano; AMÉRICO dos REIS, Maria Lúcia. *O IPI ao alcance de todos: atualizado de Acordo com o Decreto 7.212, de 2010*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOUVIER, Michel. La question de l'impôt idéal. In: *L'Impôt*. Paris: Dalloz, 2002.

BRASIL. *CARF*. 2020. Disponible en: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/>. Acceso en: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Código Tributário Nacional de 1966*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acceso en: 20 mar. 2020.

BRASIL. *Constitución Federal de 1988*. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html#mozTocId174738>. Acceso en: 20 mar. 2020.

⁶³ Para una obra más aprofundada sobre la reforma tributaria en Brasil con respecto al IBS ver Leão (2019).



BRASIL. *STJ*. Jurisprudência em Teses trata do IPI. 2020. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-08_10-43_Jurisprudencia-em-Teses-trata-do-IPI.aspx. Acesso em: 20 mar. 2020.

BUCHANAN, James M., TOLLISON, Robert D. *The Theory of Public Choice*. Michigan: The University of Michigan Press, 1984.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *Hacienda y derecho. Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo*. Tomo 1. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975.

BUJANDA, Fernando Sainz de. *La contribución territorial urbana: trayectoria histórica y problemas actuales*. Valencia: Consejo General de las Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, 1987.

BURMAN, Leonard E. Is the tax expenditure concept still relevant? *National Tax Journal*, Washington, DC, v. 56, n. 3, p. 613-627, Sept. 2003. DOI: [dx.doi.org/10.17310/ntj.2003.3.11](https://doi.org/10.17310/ntj.2003.3.11). Disponível em: <https://www.ntanet.org/NTJ/56/3/ntj-v56n03p613-27-tax-expenditureconcept-still.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CALLIENDO, Paulo. TRIBUTAÇÃO E ORDEM ECONÔMICA: OS TRIBUTOS PODEM SER UTILIZADOS COMO INSTRUMENTOS DE INDUÇÃO ECONÔMICA? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 20 n. 20, 2016.

325

COELHO, André Felipe Canuto; OLIVEIRA, Getúlio Tito Pereira de. A tributação no Brasil: uma questão histórica. *Revista Duc in Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº17, jan.-abr. 2017.

CURADO, M.; CURADO, T. Uma estimativa dos custos fiscais da política industrial recente (2004-2016). *Texto para Discussão nº 2248. IPEA*, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29095.

CHECA GONZALEZ, Clemente. *La supresión del impuesto sobre sucesiones y donaciones: materiales para la reflexión*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

FRANÇA. FALLAIT PAS FAIRE DU DROIT. *Les Ideologies Fiscales*. [s/d]. Disponível em: <http://www.fallaitpasfairedudroit.fr/droit-fiscal/theorie-de-l-impot/206-les-ideologies-fiscales-cours>.

GARCÍA, Felipe Romero. *El valor sistema tributario: acerca de su integración entre los principios de imposición*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005.

GARCÍA, Santiago Álvarez. *Diccionario de Economía Pública*. Madrid: Editorial del Economista, 2010.

GERACY, Igor Vinícius De Souza. *Desonerações do imposto sobre produtos industrializados: impactos sobre o mercado de trabalho*. Dissertação apresentada ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Brasília, 2018.

GERLOFF, W. Steuerwirtschaftslehre. In: *Handbuch der Finanzwissenschaft*. 1ª Ed, tomo I, Tübingen, 1926.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os Incentivos Tributários na Zona Franca de Manaus e o Desequilíbrio Concorrencial no Setor de Refrigerantes. *Economic Analysis of Law Review*, V. 3, nº 1, p. 72-94, Jan-Jun, 2012.

IPEA. Nota Técnica 2011. Número 1. Diest. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria da Fazenda Nacional*. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>. (b).

LEÃO, Martha Toribio. Reforma Tributária no Brasil: Entre a Promessa e a Realidade. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 14, n. 2, abr. 2020. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/96718>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

NEUMARK, Fritz. *Principios de la imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994.

NEUMARK, Fritz. *Steuerpolitik in der Überflusgesellschaft*. Duncker & Humblot GmbH, 1961.

O'CONNOR, James. *USA: a crise do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

PAES, N. A curva de Laffer e o Imposto sobre Produtos Industrializados – Evidências Setoriais. *Caderno de Finanças Públicas*, n.10, p. 5-22, 2010.

PAES, N. O Hiato tributário do imposto sobre produtos industrializados – evidências setoriais. *Rev. Bras. Eco. de Emp.*; 11(2), p. 41-53, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva, 1994.

SANCHES, J. L. Saldanha. *Justiça Fiscal*. Lisboa: Fundação, 2010.

SCHAPIRO, MARIO G. O estado pastor e os incentivos tributários no setor automotivo. *Rev. Econ. Polit.*, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 437-455, June 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572017000200437&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia de Letras, 2010.

SURREY, Stanley S.; MCDANIEL, Paul R. *Tax expenditures*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985.

UNITED NATIONS. *Economic Commission for Latin America and the Caribbean. Fiscal panorama of Latin America and the Caribbean: public policy challenges in the framework of the 2030 agenda*. Santiago: Eclac, 2018. Disponível em:



https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43406/7/S1800081_en.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

VARONA ALABERN, J.E. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Submissão: 28/05/2020
Aceito para Publicação: 21/09/2020

