

Revista da

AJURIS



Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobato, nº 81, 4º andar
Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9103

E-mail: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Orlando Faccini Neto

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Marcia Kern

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Marcia Kern – Vice-Presidente Cultural*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet – Diretor da Revista*
- ✓ *Eugênio Faccini Neto – Coordenador do Conselho Editorial*
- ✓ *Jayme Weingartner Neto – Diretor da Escola Superior da Magistratura*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente) (in memoriam), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia (in memoriam), Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira (in memoriam), Edith Salete Prando Nepomuceno, Eladio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins (in memoriam), Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabricio, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Saneverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo (in memoriam).*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof^{ta} Dr^a Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS; Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini – Uninter, PR.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof^{ta} Dr^a Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof^{ta} Dr^a Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Avaliadores que participaram desta edição:

- ✓ *Adriana Silva Maillart, UNINOVE, SP; Alexandre Moraes da Rosa, UNIVALI, SC; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, UNICEUB, DF; Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa, FURG, RS; Elaine Harzheim Macedo, PUC, RS; Eugênio Facchini Neto, PUC, RS; Fabio Roberto D'Ávila, PUC, RS; Gabriel Antinolfi Divan, UPF, RS; Ingo Wolfgang Sarlet, PUC, RS; Ivan Martins Motta, UNIFIEO, SP; Jânia Maria Lopes Saldanha, UFSM, RS; João Paulo Bachur, IDP, BRASÍLIA/DF; Leticia de Campos Velho Martel, PUC, RJ; Lília Maia de Moraes Sales, UNIFOR, CE; Luis Renato Vedovato, UNINOVE, SP; Luiz Henrique Urquhart Cademartori, UFSC, SC; Marco Bruno Miranda Clementino, UFRN, RN; Marcos Augusto Maliska, UNIBRASIL, PR; Margareth Anne Leister, UNIFIEO, SP; Nereu José Giacomolli, PUC, RS; Nestor Eduardo Araruna Santiago, UNIFOR, CE; Paulo Ricardo Schier, UNIBRASIL, PR; Regina Vera Villas Bôas, PUC, SP; Ricardo Libel Waldman, FMU, SP; Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, UNINOVE, SP; Rosendo Freitas de Amorim, UNIFOR, CE; Selma Rodrigues Petterle, UNILASALLE, RS; Wilson Levy Braga da Silva Neto, UNINOVE, SP.*

Percentuais de endo e exogenia dos artigos científicos (13) desta edição:

- ✓ *Endogenia (03) – 23,08%*
- ✓ *Exogenia (10) – 76,92%*

Outros textos publicados nesta edição:

- ✓ *Prêmio AJURIS Direitos Humanos – (01)*

Percentuais de endo e exogenia dos avaliadores (28) desta edição:

- ✓ *Endogenia (09) – 32,14%*
- ✓ *Exogenia (19) – 67,86%*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Revista da
AJURIS
ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

DOUTRINA NACIONAL
DOUTRINA ESTRANGEIRA
JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA E COMENTADA
NOTAS E RESENHAS DE LIVROS

ANO XLVII – N° 148
JUNHO – 2020



© Direitos desta edição: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

DEPARTAMENTO REVISTA DA AJURIS

Sandra Flores – sandra@ajuris.org.br

REVISÕES ORTOGRÁFICA E GRAMATICAL – EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Dois Pontos Editoração

CAPA

Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

R454 Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. –
Ano 26, n. 75 (Set. 1999). – Porto Alegre: AJURIS, 1999- .

Semestral.

Continuação de: AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio
Grande do Sul.

Descrição de: Ano 47, n. 148 (Jun. 2020)

ISSN 2358-2480

1. Direito – Periódico. 2. Poder Judiciário – Rio Grande do Sul. 3.
Jurisprudência – Comentários. I. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
(AJURIS).

CDU 34(05)

AJURIS não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados.

AJURIS não devolverá, aos respectivos autores, originais não aproveitados.

AJURIS não é ainda repertório de jurisprudência autorizado pelos Tribunais Superiores, e a divulgação de acórdãos, comentado ou não, visa à informação de seus associados.

Solicitamos aos senhores colaboradores que os artigos sejam remetidos para o *e-mail* sandra@ajuris.org.br, em formato DOC – documento do Word.

Os colaboradores devem enviar identificação completa (qualificação profissional atual e endereços para correspondência, telefones e endereço eletrônico).

Originais não selecionados para a Revista poderão ser publicados na página da AJURIS na Internet (www.ajuris.org.br).

Editorial

Com grata satisfação apresentamos aos leitores de nossa revista *Ajuris* mais um número, o 148, referente a junho de 2020. Nossa revista teve seu primeiro número publicado em julho de 1974, jamais tendo sofrido interrupção em sua publicação, o que a torna uma das mais longevas revistas jurídicas de nosso País.

A revista *Ajuris* foi criada e permanece vinculada à Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris), bem como à sua Escola Superior da Magistratura, igualmente uma das mais antigas do País. Há poucos anos a revista migrou da publicação impressa para a publicação digital, para permitir uma maior difusão. O seu propósito inicial era divulgar, entre os magistrados gaúchos, artigos críticos doutrinários e, também, resenhas jurisprudenciais. Diante da qualidade dos textos publicados, a revista logo tornou-se uma importante referência na literatura jurídica brasileira, publicando textos de elevada qualidade, de autores referenciais, magistrados ou não. O seu público leitor igualmente expandiu-se, sendo acessada não só por magistrados de outros Estados, mas também, rotineiramente, por advogados, professores e juristas.

O presente volume, bastante eclético, espelhando o interesse de nossos múltiplos leitores, apresenta artigos versando temas de *direito penal*, *processo penal*, *tributário*, *sociologia*, *direito internacional*, *acesso à justiça*, *direitos fundamentais*, *direito civil*, etc. Entre eles se destaca importante contribuição de professor estrangeiro, francês, envolvendo temas relevantes da contemporaneidade jurídica.

Todos os artigos são inéditos, versando sobre aspectos atuais do Direito. Alguns suscitam reflexões críticas e filosóficas e outros são endereçados mais à resolução de questões práticas que exigem respostas dos operadores jurídicos.

Os artigos, assinados por renomados doutrinadores – muitos dos quais também magistrados –, observam as linhas editoriais e a tradição de nossa revista, que incentiva o debate de ideias plurais. Temos certeza de que sua leitura trará grande proveito aos nossos leitores.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

Sumário

DOCTRINA NACIONAL

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING <i>Aspectos históricos da sociologia do direito e por que ler os clássicos</i>	13
CAROLINA PORTELLA PELLEGRINI <i>Teoria do reconhecimento e mediação: os conflitos em uma “sociedade órfã de autonomia”</i>	41
DIEGO ALAN SCHÖFER ALBRECHT E ANDREY LUCIANO BIEGER <i>A (i)legitimidade dos crimes de acumulação em face do princípio da ofensividade</i>	63
EDUARDO ROCHA DIAS E ANTONIO CARLOS KLEIN <i>Muito além do texto: compreensão cênica e oralidade no processo penal adversarial</i>	85
FÁBIO MARTINS DE ANDRADE E ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI <i>A jurisprudência do conceito constitucional da não culpabilidade</i>	107
GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA, STELA CHAVES ROCHA SALES E ROBERTA BATTISTI PEREIRA <i>A criptografia e seus reflexos jurídicos. Estudo de caso sobre a ADPF 403 e ADI 5527 no Supremo Tribunal Federal</i>	129
IONILTON PEREIRA DO VALE E TEODORO SILVA SANTOS <i>O novo sistema acusatório brasileiro</i>	151
JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA <i>A Suprema Corte brasileira e a presunção de inocência: uma análise crítica do discurso no primeiro voto vencido no HC 126.292/SP</i>	183
JOSÉ ROBERTO RODRIGUES AFONSO, LUCIANO FELÍCIO FUCK E LAIS KHALED PORTO <i>Os impasses nas transferências federais compensatórias para estados exportadores</i>	209
LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA <i>Considerações sobre o campo ético no enfrentamento jurisdicional da corrupção</i>	237
MARINA OLEGOVNA GONCHARENOK LOBATO <i>Os fundamentos históricos para a criação da Corte Internacional de Justiça e de sua jurisdição consultiva</i>	253
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO E ALETYA DAHANA ROLLWAGEN <i>Capacidade e processo: os reflexos processuais do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a ação de estabelecimento de curatela</i>	281

DOCTRINA ESTRANGEIRA

STÉPHANE PINON

A situação da França frente aos direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo multinível 311

PRÊMIO AJURIS DIREITOS HUMANOS

CAMILA CASSIANO DIAS

“Olhos que condenam”: uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal 329

Contents

NATIONAL DOCTRINE

ADALBERTO NARCISO HOMMERDING <i>Historical aspects of the sociology of law and why read the classics</i>	13
CAROLINA PORTELLA PELLEGRINI <i>Recognition theory and mediation: conflicts in an “orphan autonomy society”</i>	41
DIEGO ALAN SCHÖFER ALBRECHT E ANDREY LUCIANO BIEGER <i>A (il)legitimacy of accumulation crimes in face of the principle of offensivity</i>	63
EDUARDO ROCHA DIAS E ANTONIO CARLOS KLEIN <i>Beyond the text: scenical comprehension and orality in the adversarial criminal procedure</i>	85
FÁBIO MARTINS DE ANDRADE E ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI <i>Non-culpability definition according to the brazilian supreme court</i>	107
GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA, STELA CHAVES ROCHA SALES E ROBERTA BATTISTI PEREIRA <i>Cryptography and its legal reflections. Case study on ADPF 403 and ADI 5.527 at the Supreme Federal Court</i>	129
IONILTON PEREIRA DO VALE E TEODORO SILVA SANTOS <i>The new brazilian accusatory system</i>	151
JORGE ANDRÉ DE CARVALHO MENDONÇA <i>The Brazilian Supreme Court and the presumption of innocence: a critical analysis of the discourse made by the first dissentig opinion in the HC 126.292/SP</i>	183
JOSÉ ROBERTO RODRIGUES AFONSO, LUCIANO FELÍCIO FUCK E LAIS KHALED PORTO <i>The impasses on federal compensatory transferences to exporting states</i>	209
LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA <i>Considerations about the ethical field in jurisdictional coping of corruption</i>	237
MARINA OLEGOVNA GONCHARENOK LOBATO <i>The historical background to the creation of the International Court of Justice and its advisory jurisdiction</i>	253
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO E ALETYA DAHANA ROLLWAGEN <i>Capacity and process: procedural reflections of the Disabilities Persons act and the action for setting trusteeship</i>	281

FOREIGN DOCTRINE

STÉPHANE PINON

France situation regarding fundamental rights at the multilevel constitutionalism context 311

AJURIS HUMAN RIGHTS AWARD

CAMILA CASSIANO DIAS

"When they see us": critical analysis of photographic recognition in criminal procedure 329

ASPECTOS HISTÓRICOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO E POR QUE LER OS CLÁSSICOS¹

HISTORICAL ASPECTS OF THE SOCIOLOGY OF LAW AND WHY READ THE CLASSICS

Adalberto Narciso Hommerding²

Doutor em Direito (Unisinos, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): sociologia do direito.

RESUMO: A Sociologia do Direito é uma disciplina que auxilia o jurista a enxergar o fenômeno sociojurídico noutra perspectiva, mais ampla. A importância do fato social está na sua característica de exercer pressões externas no indivíduo, nas coletividades e nas instituições. Está aí a imprescindibilidade da Sociologia do Direito: ela pode fornecer modelos compreensivos sobre os referenciais empíricos e concretos a serem utilizados nas ações sociopolíticas e jurídicas. A

leitura dos clássicos possibilita uma análise múltipla do fenômeno jurídico e a formulação de novas teorias.

ABSTRACT: *The sociology of law is a discipline that helps the jurist to see the socio-legal phenomenon in another, broader perspective. The importance of the social fact is in its characteristic of exerting pressure on the individual, collectivities and institutions. There is the indispensability of Sociology of Law: it can provide comprehensive models of empirical and concrete references to be used in socio-political and law actions. The reading of the*

¹ O presente artigo faz parte dos estudos realizados nas disciplinas “Políticas Legislativas e Diversidade”, “Temas em Sistemas de Direitos Fundamentais e Constituição” e “Temas sobre Conflituosidade Contemporânea”, todas ministradas pelo autor, respectivamente, no Mestrado em Direito e no Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo/RS.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2001). Magistrado na Comarca de Santa Rosa/RS. Professor de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado em Direito) na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo/RS. E-mail: anhommerding@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8316483023945932>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1707-1011>.

classics enables a multiple analysis of the legal phenomenon and the formulation of new theories.

PALAVRAS-CHAVE: sociologia do direito; clássicos; Max Weber; Luhmann.

KEYWORDS: *sociology of law; classics; Max Weber; Luhmann.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A consolidação da sociologia do direito como ciência; 2 *A eterna juventude* da sociologia (do direito); 3 Por que estudar os clássicos? Por que estudar os contemporâneos?; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The consolidation of the sociology of law as a science; 2 The eternal youth of sociology (of law); 3 Why study the classics? Why study contemporaries?; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Ricardo A. Guibourg³, jurista argentino, ao analisar o marco filosófico do Direito em seu país, em síntese, decreta: os advogados, na sua maioria, estão convencidos de que o Direito é algo muito mais prático que teórico. Assim, conferem importância à aprendizagem nos escritórios jurídicos ou nos gabinetes judiciais; consideram uma base necessária o conhecimento dos códigos e de algumas leis importantes, prestando relevante atenção à jurisprudência e consultando os tratados de ramos específicos quando lhes parece necessário frente a um caso. A teoria do Direito é estudada em algumas universidades, mas nos escritos judiciais, nos fundamentos das sentenças e nos livros de direito, apenas se resume a citações que mais sugerem o desejo de mostrar erudição que o de desenvolver uma *ideia clarificadora*. A maioria das citações corresponde a teorias muito antigas e tradicionais, que são as que presidem o pensamento dogmático da primeira metade do século XIX.

A crítica de Guibourg não livra a Europa⁴. Segundo ele, em alguns países europeus sequer existem cátedras universitárias de Filosofia do Direito, pois os

³ GUIBOURG, Ricardo A. *Saber derecho*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013. p. 1-2.

⁴ Um dos críticos da falta de *pragmaticidade* do Direito e do ensino do Direito é Manuel Atienza, da Universidade de Alicante, na Espanha. Para Atienza, a teoria do Direito que se costuma elaborar nos países latinos, por exemplo, sofre de falta de pragmatismo, de incapacidade para incidir nas práticas jurídicas. Daí que, segundo o *Maestro* de Alicante, *la primera necesidad de la teoría es la de tomarse el pragmatismo en serio*. O papel de uma teoria do Direito, assim, está em contribuir para elaborar uma concepção articulada do Direito que possa servir para melhorar as práticas jurídicas e as instituições sociais (ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2010. p. 58-59).

que cultivam tal disciplina se refugiam no Direito Constitucional ou em outros ramos do Direito Público, circunstância que influi, por sua vez, no pensamento teórico, que tende a girar em torno de problemas concretos suscitados por leis e constituições locais. E o que se observa disso tudo? Uma notável separação entre os estudos teóricos gerais acerca do Direito e a prática cotidiana de advogados, juízes e juristas. E no Brasil? Há algo de diferente? Evidente que não. O diagnóstico de Ricardo Guibourg também aqui pode ser aproveitado; aliás, bem aproveitado. E pode ser somado a outro, não menos importante, identificado, inclusive, com o problema europeu antes referido, e que, passados quase trinta anos, permanece atual: o de que, embora setores como a magistratura até possam estar mais sensíveis às contribuições de outras disciplinas de base – *v.g.*, da Sociologia Jurídica – para a compreensão dos problemas sociais imediatos e concretos, as faculdades de Direito ainda continuam desmotivadas⁵ para o ensino de disciplinas mais teóricas, constituindo exemplo do que se fala a pouca importância que se dá a disciplinas como a Sociologia do Direito e a Filosofia do Direito.

Tudo somado, o reflexo desse panorama apresenta-se na atuação dos operadores do Direito – aqui em especial os advogados –, que desagua na atividade dos juízes e, portanto, no principal ato da jurisdição e do processo judicial, que é a sentença, o provimento jurisdicional por excelência. É nela que se reflete a atuação dos advogados na defesa dos seus clientes, e é nela que, obviamente, o juiz decide sobre o rumo das vidas das pessoas. Isso não é privilégio do Direito, mas nele se faz mais patente porque todos, mais cedo ou mais tarde, terminam apelando para o Direito⁶ e necessitam de uma decisão do Direito. É pela decisão, portanto, que as vidas das pessoas podem tomar um ou outro rumo. E é pela decisão que uma pequena comunidade ou um gigantesco país pode tomar um ou outro rumo. Bem por isso a decisão não é e não pode ser uma construção solitária. Ela só é possível a partir da contribuição dos interessados, das partes; contribuição essa que, no processo judicial, se dá pelo aporte de argumentos, sobretudo por meio de argumentos de princípio⁷. Daí a importância de áreas

⁵ FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 40-41.

⁶ Vale citar a primeira frase de Carlos Santiago Nino ao tratar do contexto do direito: “*El derecho, como el aire, está en todas partes*” (SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 12. ed. Barcelona: Ariel, 2003. p. 1).

⁷ Sobre o ponto, indispensável consultar: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

como a Filosofia e a Sociologia do Direito, que proporcionam condições de possibilidade para melhorar a instrumentalização dos argumentos das partes e base para a interpretação judicial. Essas disciplinas, portanto, bem entendidas, são fundamentais para a construção de argumentos jurídicos sólidos e, por conseguinte, dos provimentos jurisdicionais que espelham tais argumentos. O que se aprende, o que se constrói em termos de compreensão a partir de tais disciplinas possibilita ao jurista enxergar o fenômeno sociojurídico noutra perspectiva, mais abrangente. Só podemos falar em princípios, por exemplo, se compreendermos o que representam e como se dão, sempre na *applicatio*⁸, os princípios no Direito. E isso depende da Filosofia do Direito (ou Filosofia *no* Direito, como vem propondo há tempos, por exemplo, juristas do porte de um

⁸ Os romanos já conheciam a ideia de que *interpretatio* é *applicatio*. A interpretação, portanto, não significava apenas entender o texto da lei, mas compreender o seu significado prático. SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 15-16. E estavam certos! O Direito é *em ato*, na aplicação. A hermenêutica, que é modo-de-ser-no-mundo, traz o jurista para dentro do mundo, pois é, sobretudo, *facticidade*. O jurista não pode perder os vínculos com a realidade. As coisas só acontecem enquanto fenômenos. A aplicação é, na compreensão, tudo, menos algo secundário. Compreender é sempre um compreender-se, incluindo um encontro consigo mesmo. Significa o mesmo que aplicar um sentido a nossa situação, aos nossos questionamentos. Não existe primeiro uma pura e objetiva compreensão de sentido que, ao depois, na aplicação aos nossos questionamentos, adquira especial significado. Nós já nos levamos conosco para dentro de cada compreensão, e isso de tal modo que, para Gadamer, compreensão e aplicação coincidem. Isso pode ser bem visualizado no exemplo negativo da não compreensão. Se não conseguimos entender um texto, isso resulta do fato de ele não nos dizer nada ou não ter nada a nos dizer. Por isso não é de estranhar, ou de contestar, que a compreensão sempre aconteça de maneira diversa de época para época e de indivíduo para indivíduo. A compreensão, motivada por eventuais questionamentos, não é apenas uma conduta reprodutiva, mas, também, já que ela implica aplicação, uma conduta produtiva (GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 193). A aplicação não é uma parte última e eventual do fenômeno da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo. A aplicação não consiste em relacionar algo geral e prévio com uma situação particular. O intérprete que se confronta com uma tradição procura aplicá-la a si mesmo. O texto, para ele, não é algo dado e compreendido como um algo geral que possa ser empregado posteriormente para uma aplicação particular. O intérprete não pretende outra coisa que compreender, em geral, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que faz o sentido e o significado do texto. Para compreender isso *ele não deve querer ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta, na qual se encontra. Está obrigado a relacionar o texto com essa situação, se é que quer entender algo nele* (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 481-482). Consulte-se também: STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, p. 230, dez. 2003.

Lenio Luiz Streck⁹). Só podemos falar da importância do fato social e entendê-lo corretamente se compreendermos que ele, o fato social, exerce uma pressão externa no indivíduo, nas coletividades e nas instituições. E isso depende de conhecermos Sociologia e, em especial, Sociologia do Direito, que é a disciplina a quem cabe fornecer modelos compreensivos sobre os referenciais empíricos e concretos, a serem utilizados nas ações sociopolíticas¹⁰. Só podemos entender o que significa a Sociologia como *método* e, ao mesmo tempo, como *empreendimento compreensivo/interpretativo* se conhecermos autores como um Émile Durkheim, um Max Weber e um Paul Ricoeur, por exemplo. A aproximação entre uma e outra disciplina, assim, é notável. Isso fica muito claro, em especial se buscarmos suas origens, notadamente na Europa.

A Sociologia do Direito, na Europa, é formada com base em uma diferenciação dentro da própria Filosofia do Direito¹¹. E assim é que foi desenvolvida mais como uma doutrina jurídica antiformalista e como doutrina sociologista – mais teoria, menos método empírico – do que como disciplina científica autônoma. Já no círculo anglo-americano ocorreu o contrário. Foi a Sociologia Geral que se aproximou do Direito. A pesquisa empírica e os seus métodos, portanto, é que foram aplicados ao estudo do sistema jurídico. Isso fez com que se desenvolvesse mais a parte empírica da Sociologia do Direito do que sua parte teórica.

1 A CONSOLIDAÇÃO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO CIÊNCIA

A Sociologia do Direito na condição de ciência consolidou-se na passagem do século XIX para o XX. Essa consolidação decorreu de uma *revolta* contra o formalismo jurídico (a expressão é de François Geny) em três vertentes: o formalismo da Escola da exegese na França, o formalismo da jurisprudência dos conceitos na Alemanha e o formalismo jurisprudencial do *case method* na

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁰ Cf. ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o direito. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 65.

¹¹ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22-23.

América¹². François Geny, na França; Rudolf von Jhering e Philipp Heck, com a jurisprudência dos interesses, e Eugen Ehrlich e Hermann Kantarowicz, com o movimento do Direito Livre, todos eles na Alemanha; e Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank e Karl Llewellyn, nos Estados Unidos da América, são alguns dos pioneiros da Sociologia do Direito¹³.

No que diz com os Estados Unidos da América, em especial, há dois movimentos acadêmico-forenses importantes: a *sociological jurisprudence* e, na sequência, o Realismo jurídico. Ambos constituíram uma reação ao pensamento jurídico clássico conhecido como formalismo langdelliano¹⁴. Esse pensamento deve-se a Christopher Columbus Langdell, que foi diretor da Universidade de Harvard no período de 1870 a 1895 e instituiu a metodologia do *case method* e o método socrático, contribuição que perdura até hoje nas faculdades de Direito norte-americanas. O formalismo langdelliano predominou na academia jurídica dos Estados Unidos, com reflexo nos posicionamentos jurisprudenciais na segunda metade do século XIX até o início do século XX. Defendia a autonomia do Direito, que teria soluções predeterminadas para todos os casos possíveis, pregando a utilização de métodos objetivos, dentro de um sistema lógico fechado. Os princípios gerais do Direito, nessa visão formalista, deveriam ser extraídos de precedentes. Destes sempre seria possível deduzir soluções para os casos futuros. O Realismo jurídico, no entanto, possibilitou uma visão interdisciplinar no estudo do Direito e uma aproximação do Direito com a realidade social, abrindo espaço para o fortalecimento de escolas do pensamento jurídico focadas em uma abordagem pragmática¹⁵ do Direito, que sofreu influência da Sociologia, da economia e da psiquiatria, entre outras ciências, em nítida oposição ao formalismo.

¹² Sobre a temática, OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1992. p. 19-28.

¹³ Ainda sobre a temática, ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22-29.

¹⁴ Confira-se o excelente estudo de FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. *Sociological jurisprudence e realismo jurídico – A filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, jun. 2016.

¹⁵ A *sociological jurisprudence* tem raízes no pragmatismo de William James. Cf. FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. *Sociological jurisprudence e realismo jurídico – A filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, jun. 2016.

No que diz com a Europa, por sua vez, é importante fazer referência ao que ocorreu com a ciência do Direito calcada no modelo positivista, nos moldes das ciências da natureza – no empirismo de David Hume ou no positivismo social de Augusto Comte –, que, no século XIX, passou por uma transformação, convertendo-se em uma *ciência do espírito* (Dilthey) e da cultura (Rickert), o que implicou a modificação da sua compreensão a partir da historicidade e dos conteúdos do Direito. No século XX, por sua vez, houve, então, uma revalorização do Direito como uma ciência preocupada, por exemplo, com valores, reflexo da Segunda Guerra Mundial, e com a força normativa das Constituições e dos princípios constitucionais, desconectada, portanto, da dogmática conceitualista do século XIX.

Claro que há diferenças entre as experiências de distintos países no que diz com o modo de se visualizar o Direito. A experiência alemã, por exemplo, é vista como uma experiência histórica do Direito. Ao contrário da França, a aproximação do Direito à ideia de estatuto científico deu-se de modo distinto¹⁶. A Alemanha, como reação às ideias do racionalismo, produziu a Escola Histórica do Direito. Sem a experiência da Revolução, na Alemanha se pretendeu apenas reformar os pressupostos do direito promovido pelo despotismo da Ilustração. Em seu lugar foi colocado um direito mais próximo das tradições populares e mais propenso à promoção da identidade alemã. A França, por sua vez, produziu a Escola da Exegese. O propósito de tal escola foi de produzir ordem e método nas codificações para atender aos ideais da burguesia que, então, estava ascendendo ao poder e desejando dar continuidade ao seu ideário e às novas condições sociais implantadas.

Foi Karl Friedrich von Savigny, na Alemanha, um dos defensores da ideia de que a história devia ser um elemento integrador da ciência jurídica. Para Savigny, a história do Direito é a própria *ciência do Direito*, pois no Direito sempre se quer reatualizar um dado passado, fruto da experiência e vivência de todo um povo. A história, então, é entendida como um vínculo orgânico: todas as coisas estão correlacionadas e são entendidas em uma conexão vital. O Direito passado, assim, está presente no desenvolvimento e no influxo que exerce. O presente, a seu turno, só é compreendido como desenvolvimento de suas virtualidades passadas.

¹⁶ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1992. p. 19-28. Também: SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. imp. Barcelona: Ariel, 2011. p. 51.

A história, portanto, foi assumida pelo Direito, mas o resultado dessa assunção, consoante leciona António Osuna Fernández-Largo¹⁷, foi a redação da história da velha dogmática, e não a compreensão histórica do Direito ou o encontro de um direito por meio do qual o povo se insere no processo de sua história e dos seus ganhos autênticos. A conclusão disso tudo é que a concepção *científica* do Direito terminou por se diluir em uma dogmática formalista e conceitual, com uma revisão erudita do passado, sem influência no presente, e com uma formalização conceitualista do Direito vigente sem buscar *as raíces do seu ser*¹⁸.

Essa perspectiva – de um direito diluído em uma dogmática formalista, conceitual –, como se sabe, começou a mudar quando surgiu a discussão sobre o caráter científico do Direito, sobre o *saber* do Direito. Afinal de contas, é possível dizer que constitui ciência o saber do Direito? Sendo a resposta afirmativa, qual é o estatuto científico que lhe convém? A teoria do Direito, a partir daí, passou a receber subsídios da teoria da ciência. É o caso, por exemplo, da concepção positivista da ciência que passou a influenciar o saber jurídico. Essa é a primeira influência. No Direito essa influência se traduziu pelo rechaço do direito racionalista e pelo repúdio dos supostos metafísicos do idealismo alemão. Então, o que restava para a reconstrução da ciência do Direito? A via historicista, seguida pelos continuadores de Savigny, a teoria conceitualista dos códigos e o caminho sociológico com o estudo dos fenômenos e das relações sociais que constituem os supostos do jurídico.

A teoria positivista das ciências naturais, que propunha que o material suscetível de conhecimento científico eram os fatos e fenômenos empíricos, realizou, então, um trânsito imperceptível para a ciência do Direito, já que a ele, o Direito, interessavam as normas escritas e vigentes em uma sociedade. Em tais estudos, a ciência jurídica utilizou-se de categorias próprias da psicologia. Assim, a norma, por exemplo, passou a ser reconhecida seja pela consciência do sujeito seja pela comunidade. Os direitos e deveres encontrariam sua explicação nos fenômenos da consciência de pretender algo dos demais ou de se reconhecer vinculados a outros, como explica Karl Larenz¹⁹.

¹⁷ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1992. p. 20.

¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁹ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1980. p. 60-65.

A ciência da evolução dos seres vivos também produziu modelos de ciência jurídica. Como disserta Antonio Osuna Fernández-Largo²⁰, com suporte em F. Elias de Tejada, Rudolf von Jhering aproveitou os conceitos da evolução biológica das espécies para explicar os fenômenos da história das codificações que, para ele, Jhering, eram *organismos vivos irracionais*.

John Austin, por sua vez, passou a caracterizar a ciência jurídica – Austin denominou dita ciência *Filosofia do direito positivo*, *Jurisprudência analítica* ou *Jurisprudência teórica* – como uma ciência que ofereceria os conceitos e as categorias comuns, tomados da análise dos usos e das vigências, e não da razão pura. Ou seja, Austin propôs uma ciência formal, claramente positivista e com método próprio, em consonância com o ideal de toda e qualquer ciência.

As ciências sociais, por sua vez, surgiram como uma reação à ciência jurídica caracterizada por impor conceitos fixos e universais a todo o Direito, e que outorgava valor absoluto às instituições romanas do passado, o que nada tinha a ver com os ideais políticos novos, ou seja, os ideais derivados da Revolução Francesa, também nada tendo a ver, pois, com as novas situações econômicas criadas pela revolução industrial. Também aqui Rudolf von Jhering tem seus méritos: a partir de 1861, começou a prestar atenção à experiência jurídica, aos comportamentos sociais e aos sentimentos dos cidadãos. O Direito, com Jhering, passou, então, a ter finalidade pragmática, o que impulsiona(ria) todos seus agentes, configurando a cooperação e a integração social dos cidadãos. Nesse aspecto, seria possível compreender a ciência jurídica pela análise das forças operantes em uma sociedade e dos interesses prevalentes dos sujeitos. É a teoria do *utilitarismo social*²¹.

A teoria da jurisprudência dos interesses, cunhada por Philipp Heck, também emprestou ao Direito o caráter de ciência de *utilidade prática*, dando as costas a toda teorização e conceitualização, privilegiando as ânsias e pretensões dos cidadãos. A ciência jurídica, assim, deveria conhecer com exatidão histórica os interesses reais que levaram à criação da lei, tendo em conta os interesses conhecidos para a resolução do caso. Nessa fase, passou-se a falar de *ponderação*, com a substituição do método da subsunção pelo juízo ponderativo de fatos complexos e de uma avaliação dos interesses em jogo.

²⁰ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1992. p. 27.

²¹ Idem, *ibidem*.

Outros juristas importantes, como Otto von Gierke, na Alemanha, e François Geny, na França, também passaram a atacar o formalismo conceitual e a advogar a defesa da importância dos conteúdos do Direito, segundo esquemas históricos e de conhecimento social, e das percepções, vivências e atitudes configuradoras da sociedade²². Tudo isso contribuiu para transformar a ciência do Direito em uma Sociologia do Direito, uma sociologia aplicada, o que levaria o Direito a obter o *status* de ciência, sobressaindo-se as figuras de Roscoe Pound²³ (Estados Unidos), Eugen Ehrlich²⁴ (Áustria) e León Duguit²⁵ (França).

2 A ETERNA JUVENTUDE DA SOCIOLOGIA (DO DIREITO)

É possível traçar um panorama histórico da Sociologia e da Sociologia do Direito. Com Ramón Soriano²⁶, também penso que, no que diz com a primeira, a Sociologia, uma das classificações *mais acertadas* acerca dos períodos da sua história é a proposta por A. Gouldner, que sinaliza as seguintes fases: a) o positivismo sociológico de Saint-Simon e Augusto Comte, que nasce na França no início do século XIX; b) a etapa marxista, em meados do século XIX, com a intenção de fundir o socialismo francês, a economia política inglesa e o hegelianismo alemão; c) a etapa da sociologia clássica, a partir do início do século XX até a primeira guerra mundial, quando aparecem alguns temas fundamentais da sociologia a partir de Durkheim, Weber e Pareto; d) a etapa do estrutural-funcionalismo, a partir da década de 30 do século XX, que tem como seus expoentes Talcott Parsons, Merton, Davis, Moore e Williams; e) a etapa da crise do funcionalismo, dando lugar a novas teorias sociológicas, como as de Erving Gogman, Harold Garfinkel, George Homans, etc.

²² Cf. LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1980. p. 80.

²³ Roscoe Pound é o defensor da ideia de Direito como *engenharia social*. É considerado o *porta-voz mais destacado da reação ao pensamento formalista* (FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. *Sociological jurisprudence e realismo jurídico - A filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, jun. 2016.

²⁴ Eugen Ehrlich é o defensor de um direito cujo centro de gravidade é a sociedade, e não a lei, a jurisprudência ou a ciência jurídica. Por isso fala de um *direito vivo*. Consulte-se: EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Rev. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

²⁵ A solidariedade social como fundamento para o Direito é patente em León Duguit. Confira-se: DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 3. ed. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009 (Coleção a obra-prima de cada autor).

²⁶ SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. imp. Barcelona: Ariel, 2011. p. 59-61.

Por sua vez, a história da Sociologia do Direito se desdobra nas seguintes fases: a) fase da Ilustração, com destaque para Montesquieu; b) a fase dos iniciadores, tentando desenhar teoricamente as implicações entre Direito e sociedade, com destaque para Comte (positivismo sociológico), Marx (sociologia do conflito) e Spencer (evolucionismo); c) fase de consolidação, quando a Sociologia do Direito adquire caráter de cientificidade, com destaque aqui para Durkheim e Weber, os *astros centrais da nova sociologia*²⁷; d) a fase funcionalista e crítico-funcionalista, que se dá nos Estados Unidos dos anos 30 a 70 do século XX, caracterizada por um contraste entre a concepção de sociedade como sociedade sistemática, estabilizada, equilibrada – presidida pelo consenso social e pelo reconhecimento da importância do Direito para a integração e o controle social –, e a concepção de sociedade como lugar de permanente conflito social em que o Direito é um instrumento de coação e de acobertamento dos interesses sociais dominantes; e) a fase caracterizada pelo cruzamento da teoria comunicativa (ou teoria da ética do discurso) de Jürgen Habermas e da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Luhmann é um herdeiro da teoria funcionalista (Parsons e seus discípulos); Habermas, da teoria crítico-social da Escola de Frankfurt.

É de se notar que o avanço da Sociologia do Direito é uma decorrência do avanço da própria democracia: em países avançados e democráticos ela é cultivada; nas ditaduras, seus efeitos e seu impacto na opinião pública são temidos²⁸. A Sociologia do Direito – e isso independe (ou, ao menos, deveria independe) de esquerdismos ou direitismos – ocupa-se da influência dos fatores sociais no Direito e da incidência deste no social, na sociedade. Trata-se, consoante Ramón Soriano, de uma ciência jurídica substantiva; uma ciência *aberta, multiforme*, apresentando um polimorfismo em termos de métodos, temas e linguagem, ainda não possuindo modelos definitivos que reflitam a estrutura da realidade sociojurídica.

Embora possa ser considerada uma *ciência multiparadigmática* – aqui é possível falar de autores como Jürgen Habermas, Anthony Giddens e Jeffrey Alexander, por exemplo –, o que tornaria impossível chegar a uma maior integração nessa disciplina, há também quem entenda o contrário, defendendo, portanto, a possibilidade de se estabelecerem algumas regras do jogo comuns como requisito lógico e institucional para perseguir fértil e criticamente a geração

²⁷ Ibidem, p. 60.

²⁸ Ibidem, p. 16.

de conhecimento sociológico. É o caso de José A. Noguera²⁹, para quem a suposta *riqueza* intelectual que tal pseudopluralismo implica é puramente retórica, traduzindo-se em *pobreza informativa* e *esterilidade científica*. Para Noguera, a pluralidade paradigmática descontrolada impede a autêntica pluralidade de ideias, protegendo artificialmente as tradições intelectuais como se fossem espécies ameaçadas ou em extinção, e as blindando contra a crítica.

O fato é que não há por que lamentar não ter a Sociologia um corpo teórico único e acabado. A Sociologia está condenada à *eterna juventude* (Weber); a renovar permanentemente seus conceitos à luz de novos problemas suscitados pela marcha da história³⁰. E o seu método não será fundamentado por qualquer outra ciência, senão por ela própria. A Sociologia, assim, não pode aceitar que outras ciências fundamentem o seu método (Luhmann). A sua legitimação como disciplina consiste, portanto, em uma operação de autossustentação³¹.

3 POR QUE ESTUDAR OS CLÁSSICOS? POR QUE ESTUDAR OS CONTEMPORÂNEOS?

Embora haja uma série de autores importantes nessa ciência (ou disciplina), a tradição teórica da Sociologia consagra, em especial, três autores, a chamada *trinca sagrada*³² da Sociologia. São eles: Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber. O conhecimento de tais autores para *operar* o Direito é importantíssimo. Como assinala Luciano Oliveira³³, estudar Marx é importante para que saibamos que neste mundo não há apenas leis e códigos, mas pessoas concretas, relações de poder e manobras políticas, interesses econômicos, etc., e que isso, portanto, é importante para quem tem de fazer valer o Direito. Da mesma forma, estudar um Weber, para quem a forma de *dominação legal-racional* – considerada, pois, a *mais legítima forma de dominação na modernidade* – pode *volta e meia* cometer *intrusões indevidas*, para o que os juristas sempre devem estar com os olhos

²⁹ NOGUERA, José A. El mito de la sociología como “ciencia multiparadigmática”. *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 42, 31-53, enero-junio 2010. ISSN: 1130-2097.

³⁰ SALLUM JR., Brasília. Apresentação da coleção. In: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011. p. 9.

³¹ TORRES NAFARRATE, Javier. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011. p. 14.

³² Cf. OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 16.

³³ OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 17.

abertos³⁴. A leitura de tais autores pode auxiliar na reflexão sobre os problemas sociais do nosso País. Daí a necessária conexão da Sociologia com a realidade brasileira. Afinal de contas, precisamos estar conectados à realidade circundante com a qual trabalhamos.

Estudar tais autores, porém, não implica desconhecer os que lhes antecederam e tampouco os que, contemporaneamente, vêm propondo abordagens sofisticadas e que, embora mais adequadas a países já desenvolvidos, também podem auxiliar na compreensão da sociedade e do Direito brasileiro. São exemplos os alemães Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, cuja contribuição para o Direito, para a Sociologia jurídica, são fundamentais. Aliás, para o último, Luhmann, autores como Marx, Durkheim e Weber disponibilizaram tão somente *teorias de médio alcance (middle range)* – a expressão é de Robert Merton³⁵ –, em especial no campo da pesquisa empírica, não fazendo, porém, uma descrição teórica coerente sobre a situação dos problemas da sociedade contemporânea³⁶. Como explica Luhmann, precisamos descrever, por exemplo, os problemas ecológicos, entender o incremento do individualismo e a crescente necessidade

³⁴ T. B. Bottomore, há mais de cinquenta anos, alertava para o fato de que um dos defeitos radicais da Sociologia consistia no fracasso de levar a sério o estágio preliminar de um problema teórico. Nas palavras de Bottomore, que continuam valendo, “há muito ainda a aprender com Marx, Durkheim e Weber, que compreenderam muito bem que uma ciência da sociedade tem de começar, como toda ciência, fazendo perguntas. Os principais trabalhos de Durkheim, em particular – levando-se em conta as limitações dos meios de pesquisa existentes e da sua orientação teórica específica – são modelos exemplares de pesquisa e exposição científica: em cada caso, o problema teórico é apresentado primeiro, claramente, e em seguida as explicações existentes são analisadas e criticadas; finalmente, Durkheim apresenta sua própria solução, com as provas de apoio. Seus estudos são complementados em vários casos por uma discussão das implicações práticas de suas conclusões e descobertas teóricas. Seria difícil encontrar, na Sociologia posterior, muitos estudos que formulem problemas igualmente significativos ou procedem com igual rigor científico” (BOTTOMORE, T. B. *Introdução à sociologia*. 6. ed. Trad. Waltensir Dutra e Patrick Burglin. Rev. técnica Otávio Guilherme Velho e Edson de Oliveira Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 50-51).

³⁵ Segundo Merton, citado por T. B. Bottomore, teorias de alcance médio são teorias intermediárias entre as hipóteses de trabalho menores, surgidas em abundância durante a rotina cotidiana da pesquisa, e as especulações generalizantes que compreendem um esquema conceptual básico, do qual se espera derivar um grande número de uniformidades empiricamente observadas do comportamento social. Merton apresenta como exemplos de teorias de alcance médio preocupadas com o âmbito limitado de dados – que poderiam ser desenvolvidas no momento – as teorias de dinâmica de classe, de grupos de pressão conflitantes, do fluxo do poder e o exercício da influência interpessoal (BOTTOMORE, T. B. *Introdução à sociologia*. 6. ed. Trad. Waltensir Dutra e Patrick Burglin. Rev. técnica Otávio Guilherme Velho e Edson de Oliveira Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 49-50).

³⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011. p. 35.

dos tratamentos psicológico-terapêuticos. E aí os impulsos intelectuais para poder entender a sociedade moderna surgem fora do campo da Sociologia. Daí a necessidade da introdução de alguns tópicos abstratos da teoria que são verificados em outros âmbitos (*autopoiesis*, encerramento operativo, acoplamento estrutural, estrutura, tempo, etc.), de modo a extrair deles o que pode ser de interesse sociológico³⁷. E eis aí uma das razões do porquê de se estudar os contemporâneos. Teorias como a teoria dos sistemas, com especial destaque para Niklas Luhmann, têm proporcionado a configuração de um novo *estilo científico* mais apto à compreensão das sociedades complexas, situando-se no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade³⁸. Em relação a essa matriz científica de análise da sociedade e do direito, que encontra em Luhmann um dos seus expoentes, é fundamental, aliás, a advertência feita por Leonel Severo Rocha³⁹:

O problema do Direito, e não só o brasileiro, é que ele é uma estratégia de imposição de certos valores consagrados que se quer que se repitam empiricamente em situações semelhantes no futuro. Temos Direito quando temos algo que se repete ou quando, por exemplo, no Direito Comparado, há um país que decidiu da mesma maneira. Quando alguém já decidiu a mesma coisa, antes, num outro tribunal, é excelente para o jurista. Se isso foi dito no Direito romano há mais de mil anos, melhor ainda. Se algo foi dito há mil anos, excelente para o jurista, porque há uma racionalidade de acordo com a qual, para enfrentar o presente, a complexidade obriga a sempre buscar no passado a resposta. A isso se chama de dogmática jurídica, o pensamento estabelecido no passado que, de alguma maneira, tem a pretensão de controlar o futuro, já que apresenta respostas, antecipadamente, para situações que ainda não aconteceram, mas, se acontecerem, já

³⁷ *Ibidem*, p. 35-36.

³⁸ Cf. ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo: Unisinos, p. 132, 1999.

³⁹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 195.

há um sentido preestabelecido a partir da lei para identificar essas situações. O Direito é todo um sistema social, e a teoria de Luhmann convida a fazer esse tipo de observação, espetacularmente voltada para a negação da diferença, para a negação do futuro, no sentido de que aquilo que está no futuro já está determinado no passado.

Para Rocha, a teoria sistêmica pode, assim, gerar uma série de vantagens, uma vez que se pode ter um critério de observação sociológico melhor sobre o Direito⁴⁰.

Em que pesem as contribuições teóricas de Luhmann e as críticas que faz às *middle range*, algumas dessas teorias permanecem atuais e também possibilitam ao estudioso do Direito realizar produtivas análises sociológicas no campo jurídico. Suponhamos, por exemplo, que alguém queira investigar o modo como se decide dentro do sistema de Direito, ou seja, a racionalidade das decisões jurídicas nos tribunais. De todos os autores importantes já citados, entre aqueles inseridos na linha de teorias de médio alcance, podemos buscar subsídios para uma análise desse naipe em um Max Weber, por exemplo. A leitura de Weber, nesse sentido, continua muito atual, ainda que as teorias de cunho sistêmico possam ser consideradas mais *sofisticadas* por proporcionarem a configuração de um novo *estilo científico* mais apto à compreensão das sociedades complexas, situando-se no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade⁴¹, e por serem mais aptas a propiciar um *critério de observação sociológico melhor* sobre o Direito⁴².

⁴⁰ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 195. Uma das críticas que podem ser feitas a Luhmann diz com a ausência da figura do *sujeito* como modificador e motivador do dinamismo dos sistemas. Para Grazielly Alessandra Baggenstoss, por exemplo, a desconSIDERAÇÃO do sujeito traz consigo a invisibilidade dos atos e das razões humanos, o que implicaria um destaque falacioso do aparato sistêmico. Daí a necessidade de uma *humanização* da teoria dos sistemas, com a inserção do ser humano na análise. O julgador e o legislador, assim, são figuras instrumentais e devem atuar orientados à finalidade do Direito; afinal de contas, eles representam *funções* do sistema jurídico. Consulte-se: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. *Teoria dos sistemas humanizada: a modelagem garantista das funções jurisdicional e legislativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁴¹ ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo: Unisinos, p. 132, 1999.

⁴² É o caso de ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 195.

O Direito, como se sabe, envolve a questão do poder. Além disso, o Direito também pode ser um indutor da racionalidade econômica. Veja-se que essas relações entre Direito e poder, e o papel desempenhado pelo Direito no desenvolvimento da racionalidade econômica e do capitalismo, são pontuais para Weber⁴³. Um dos objetivos do pensador alemão é a reconstrução do processo de racionalização do Direito moderno na civilização ocidental. Por isso o *conceito sociológico do Direito* e o *conceito de racionalidade* são paradigmáticos em sua obra. Daí também a perene importância do seu pensamento para o estudo e a análise do Direito. Poderiam ser referidos aqui outros autores, como, por exemplo, os já mencionados Durkheim e Marx, além de Spencer, Comte, etc. Se ficarmos, no entanto, com Weber, dados os limites da temática – a importância dos clássicos –, já será possível demonstrar a importância de uma teoria que, entre outras tantas, difere das teorias sistêmicas, mas, como dito, continua tendo fundamental importância para uma análise sociológica do Direito. Então, veja-se.

Quanto ao *conceito sociológico de Direito* em Max Weber, é possível afirmar que o Direito é inserido na categoria sociológica de ordenamento social. O Direito, assim, é uma ordem social. É uma ordem legítima. A sua validade é garantida exteriormente por um eventual constrangimento exercido por uma autoridade humana instituída para isso e para punir a violação⁴⁴. Há, aqui, dois elementos distintos e importantes: o *reconhecimento* e o *constrangimento*. O *reconhecimento*, ou legitimidade, surge quando os indivíduos reconhecem uma ordem como sendo legítima, orientando para essa ordem seus comportamentos empíricos. Esse elemento implica a existência de *fundamentos de validade da ordem jurídica*. Isso se chama *justificação interna*. À legitimação da autoridade se chega gradualmente⁴⁵. Para Weber, no que diz com o Direito, a legitimidade do ordenamento jurídico vem da possibilidade de coação física ou psicológica. É que nenhum poder diretivo se estabelece tão somente com base em regras formais. Ele também é instituído por imposição de coerções, a ameaça do uso da força

⁴³ Cf. ROJO, Raúl Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 16-34, jan./jun. 2005.

⁴⁴ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99.

⁴⁵ RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 153.

que está no *horizonte do problema da autoridade*, como ensina Paul Ricoeur⁴⁶. Essa coação, então, passa a ser exercida por funcionários que têm por função fazer cumprir a lei⁴⁷. Ações que possuem o caráter de *direito* são, pois, ações garantidas por *coação jurídica*⁴⁸. O *constrangimento*, assim, é o elemento complementar. Implica a *garantia externa* da legitimidade e da eficácia da ordem jurídica. O *constrangimento*, portanto, é uma característica exterior à ordem jurídica. É um elemento externo. Por ele se garante a realização efetiva do Direito. E isso faz com que o Direito se diferencie das outras ordens sociais⁴⁹. Há, então, dois princípios básicos da racionalização do pensamento jurídico: *generalização* e *sistematização*⁵⁰. A *generalização* é a redução das razões determinantes da solução do caso a um ou a vários princípios ou preceitos jurídicos⁵¹. É a generalização que permite o estabelecimento de preceitos, possibilitando construir juridicamente relações e instituições. Já a *sistematização* jurídica apresenta-se no sentido de que os preceitos obtidos devem constituir um sistema claro e lógico que contemple as condutas juridicamente relevantes. A sistematização, em todas as suas formas, é um *produto tardio*⁵².

Por ser o paradigma da racionalidade central na obra de Max Weber, a reconstrução teórica do *processo de racionalização* é um dos seus objetivos. Nesse sentido, a racionalização do direito nada mais é que o desenvolvimento das qualidades específicas do direito como um *direito de juristas*⁵³. Para chegar nessa reconstrução teórica do processo de racionalização do Direito, Weber, então,

⁴⁶ Ibidem, p. 156.

⁴⁷ Cf. MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 55.

⁴⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 73.

⁴⁹ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99.

⁵⁰ MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 55-56.

⁵¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 11-12.

⁵² Ibidem, p. 12.

⁵³ Ibidem, p. 85.

constrói quatro tipos ideais de Direito, usando dois pares conceituais: a antítese racional/irracional e a antítese formal/material⁵⁴.

Mas ao que se liga a racionalidade jurídica de que trata Max Weber? Racionalidade jurídica, aqui, tem a ver com o processo de decisão⁵⁵. É o recurso, no processo de decisão, a normas gerais e abstratas. Em uma ordem jurídica racional, os resultados do processo de decisão jurídica são previsíveis: têm alto grau de previsibilidade e de possibilidade de cálculo. No sistema jurídico irracional, do ponto de vista do *tipo ideal*, as decisões jurídicas são arbitrárias, pois não se baseiam em normas gerais, mas em avaliações puramente individuais e emocionais. Aqui, em uma ordem dessas, não há qualquer possibilidade de cálculo. A tensão entre o formal e material, por sua vez, diz com os processos e critérios de decisão que um sistema jurídico adota. Aqui, é importante falar sobre o *tipo ideal*, há pouco referido. O tipo ideal é o instrumento de orientação na realidade empírica e meio para elaboração de hipóteses a partir de certas regularidades e certos processos que se repetem na ação social⁵⁶. Será com base nisso que a análise sociológica irá operar.

Do ponto de vista do *tipo ideal*, um direito é formal quando os processos e os critérios de decisão são especificamente jurídicos. O direito formal limita-se a considerar, no direito material e no processo, as características gerais unívocas do fato. Uma sublimação jurídica, específica e qualificada, ensina Weber⁵⁷,

⁵⁴ Ibidem, p. 12-13.

⁵⁵ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 100.

⁵⁶ O individualismo metodológico de Max Weber caracteriza-se pelo fato de que, para ele, o real é sempre o indivíduo. Estamos sempre diante de indivíduos. Esses indivíduos, porém, orientam-se de acordo com outros indivíduos, pois, como dito, a noção de ação social implica intersubjetividade. Os tipos ideais, portanto, não devem ser dissociados desse individualismo metodológico (RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 152). O conceito fundamental da metodologia social de Weber é, assim, o do tipo ideal. O tipo ideal é consequência das generalizações. É uma construção mental que se obtém mediante a acentuação de determinados aspectos de uma série de fenômenos. O tipo ideal é, portanto, um conceito básico para a análise histórico-social; é um recurso metodológico que consiste em enfatizar determinados traços da realidade até concebê-los na sua expressão mais pura e consequente (COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. 5. imp. São Paulo: Ática, 2003. p. 8). Nas situações observáveis, no entanto, a expressão da realidade jamais se apresenta assim. O tipo ideal necessita ser construído no pensamento do pesquisador. Existe no plano das ideias sobre os fenômenos, e não nos próprios fenômenos.

⁵⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 13.

somente é possível quando o direito tem caráter formal. Ao contrário, o direito é material quando os critérios de decisão são estranhos ao sistema jurídico. São exemplos os critérios étnicos, políticos, religiosos. etc. Weber, então, combina os pares para daí extrair quatro tipos ideais de Direito⁵⁸. São eles: a) Direito irracional-formal; b) Direito irracional-material; c) Direito racional-formal; d) Direito racional-material. Vejam-se.

Direito irracional-formal: a consulta a oráculos é um exemplo de um Direito nesses termos⁵⁹. É formal porque é acompanhado de um formalismo rígido. É irracional porque se caracteriza pela total ausência de previsibilidade. Assim, os meios empregados para regradar os problemas surgidos do Direito não podem ser controlados pela razão.

Direito irracional-material: esse direito também não possui previsibilidade, pois os critérios de decisão não são jurídicos, mas éticos, sentimentais, políticos⁶⁰, etc. É um direito que emerge de avaliações pessoais, de natureza ética e afetiva.

Direito racional-formal: aqui, há critérios de racionalidade. Há previsibilidade. O direito combina com critérios de decisão do sistema jurídico.

Direito racional material: é um direito calculável, mas que apela para critérios de decisão pertencentes a um sistema religioso, a um sistema ético ou a uma ideologia política. Influem na decisão jurídica, portanto, determinadas normas que não correspondem às generalizações lógicas, baseadas em uma interpretação em abstrato. Essas normas são mandamentos de conteúdo geral: imperativos éticos, regras utilitárias, regras de oportunidade, máximas políticas que suprimem o formalismo da abstração lógica⁶¹.

Como se pode verificar, só pelo fato de ter elaborado os tipos ideais de Direito já estaria justificada a importância do estudo de Max Weber. É que sua análise nesse ponto possibilita aos estudiosos do Direito saber que existem tais tipos de racionalidade decisória e que, em especial nos Estados Democráticos

⁵⁸ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 100-101; WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 12-13.

⁵⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1999. p. 12.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 13.

⁶¹ *Idem, ibidem*.

de Direito, há sempre o perigo de as decisões judiciais descambarem para irracionalidades formais ou materiais, corrompendo o sistema democrático. Veja-se, por exemplo, que, quando os meios se tornam um fim em si mesmo (*v.g.*, a forma pela forma), fatalmente estaremos diante de um irracionalismo, de uma irracionalidade. No campo jurídico, a definição de Direito enquanto racionalidade formal estrita, como o faz Kelsen, por exemplo, pode configurar uma hipótese de irracionalidade. Quando, por outro lado, a decisão se vale de um *direito alternativo*, fundado em critérios de interesses expressivos de uma racionalidade material, também estaremos diante de um caso de irracionalidade⁶². Logo, tanto em um caso quanto em outro, há um risco muito grande de as decisões judiciais se converterem em decisões irracionais. E isso termina por levar aquele que tem o poder de decisão, no caso o Judiciário, a uma *deslegitimação*, pois o próprio Direito, como ordem legítima, passa a se ver deslegitimado em decorrência da atuação dos seus atores sociais, no caso os juízes e tribunais.

Se, por exemplo, traduzíssemos a irracionalidade do Direito, enxergada por Weber, para a teoria sistêmica de um Luhmann, que, sofisticadamente, a qualificaria em termos de complexidade, ou seja, como *excesso de possibilidades*⁶³, chegaríamos à conclusão de que a aplicação do direito, a decisão judicial, deve dar-se racional e formalmente, considerando que a Constituição e as leis, que constituem racionalidade formal, já trazem em si mesmo os critérios materiais – e, portanto, racionais – de justiça. Não há diferença, pelo menos aqui, em invocar Weber ou Luhmann para se proceder a uma análise sociológica do fenômeno jurídico da (racionalidade da) decisão. A racionalidade formal, aliás, nesse sentido, nada mais é do que uma redução de complexidade. A irracionalidade, por sua vez, é o excesso, tanto do ponto de vista formal quanto material.

Por isso é que entendo que não há como deixar de recorrer a Max Weber quanto se está tratando da racionalidade decisória do direito, porque é ele, Weber, quem originalmente destrinça e simplifica as (ir)racionalidades a partir da formulação dos seus tipos ideais. Weber, portanto, é um *clássico* e, como tal – como se verá adiante –, opera como um *reductor de complexidade* do ponto de vista da doutrina sociológica porque simplifica. Como clássico, portanto,

⁶² ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o direito. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 60-61.

⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

Weber reúne as características e vantagens que são essenciais aos clássicos. Essas características e vantagens são trabalhadas por Jeffrey C. Alexander⁶⁴. Para Alexander, o reconhecimento consensual de um clássico implica um *ponto de referência comum*. Assim, o clássico *reduz a complexidade* (Luhmann); é um símbolo que *condensa*, representa uma série de compromissos diferentes⁶⁵. E essa condensação, segundo Alexander, traz quatro vantagens funcionais. Em primeiro lugar, *simplifica*, facilita a discussão teórica. E faz isso, diz ele,

permitindo que um pequeno número de obras substitua – represente por meio de um processo estereotipado ou padronizado – as miríades de formulações sutis produzidas no curso da vida intelectual contingente. Quando discutimos as questões centrais que afetam a ciência social em termos clássicos, sacrificamos a faculdade de captar essa especificidade sutil. Mas também adquirimos algo muito importante. Falando em termos de clássicos, podemos ficar relativamente seguros de que nossos receptores pelo menos saberão do que estamos falando, ainda que não reconheçam em nossa discussão sua própria posição particular e única. É por esse motivo que, se quisermos elaborar uma análise crítica do capitalismo, teremos provavelmente de recorrer à obra de Marx. De igual modo, se pretendermos avaliar a multiplicidade de análises críticas do capitalismo, hoje disponíveis, teremos sem dúvida de tipificá-las comparando-as à análise original de Marx. Só assim estaremos relativamente seguros de que outros acompanharão nossos julgamentos ideológicos e cognitivos, ou mesmo se deixarão persuadir por eles.⁶⁶

⁶⁴ ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.). *Teoria social hoje*. 1. reimp. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1999. p. 46-47.

⁶⁵ Idem, *ibidem*.

⁶⁶ Idem.

A segunda vantagem funcional, para Alexander, é que os clássicos permitem que compromissos gerais sejam discutidos sem a necessidade de tornar explícitos os critérios para sua adjudicação. Uma vez que tais critérios são muito difíceis de formular, sendo quase impossível que logrem consenso, essa função concretizante dos clássicos é sem dúvida importante. Ao invés de definir equilíbrio e natureza de sistemas, diz Jeffrey Alexander,

podemos discutir sobre Parsons, sobre a “funcionalidade” relativa de suas obras antigas e tardias, sobre se sua teoria (o que quer que venha ela a ser exatamente) consegue de fato explicar o conflito no mundo real. Ou, ao invés de explorar explicitamente as vantagens de uma perspectiva afetiva ou normativa da ação humana, podemos alegar que tal perspectiva está, de fato, presente nas obras mais importantes de Durkheim.

A terceira vantagem funcional é de *caráter irônico*, explica Alexander. Dado que se aceita um instrumento de comunicação comum clássico,

torna-se possível não reconhecer a existência de um discurso geral. Assim, como a importância dos clássicos é acatada sem contestação, pode o cientista social iniciar um estudo empírico – por exemplo, no âmbito da sociologia industrial – discutindo o tratamento dado por Marx ao trabalho em seus primeiros escritos. Embora não lhe fosse permitido sugerir que considerações não-empíricas sobre a natureza humana, e muito menos especulações utópicas sobre a possibilidade humana, formam a base da sociologia industrial, é isso exatamente o que ele reconheceria, de modo implícito, ao apelar para Marx.

Finalmente, diz Jeffrey Alexander,

uma vez que a condensação propiciada pelos clássicos dota-os de poder privilegiado, a referência aos clássicos se torna importante por razões puramente estratégicas e instrumentais. É do interesse imediato de todo cientista

social ambicioso e de toda escola em ascensão serem legitimados perante os fundadores clássicos.⁶⁷

CONCLUSÃO

Clássicos, portanto, devem ser criticados, relidos e redescobertos, se, como pontua Alexander⁶⁸, quisermos *desafiar os critérios normativos de avaliação* da disciplina da Sociologia e, acrescento aqui, da Sociologia do Direito. Clássicos levam à formulação de novas teorias⁶⁹. Eis aí sua importância. Lembremo-nos de que, assim como ocorre com a Sociologia, não há um corpo teórico único na Sociologia do Direito, mas que isso, por si só, não é um problema. Problema é desconhecer as teorias e os seus autores, e a multiplicidade das possibilidades de análise do fenômeno jurídico que delas podem emergir. Problema é desconhecer o fato de que, como defendem André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce⁷⁰, as contribuições dos estudos sociojurídicos podem ser fundamentais na realização das funções do Direito, tais como as de prescrição, de interpretação e até mesmo de avaliação, uma vez que a interpretação jurídica não é unicamente feita com base nos textos jurídicos, mas, também, com base no *contexto histórico-social*.

Isso possibilita ao Direito – aos seus atores e a suas instituições – *ganhar em realidade* gastando menos, por sua vez, com abstrações, com argumentos retóricos ou teorias sem qualquer respaldo no *mundo dos fatos*, e que, portanto, podem nada representar no que diz, por exemplo, com uma decisão que se possa esperar do sistema de Direito. Assim é que, sabendo existir distintos tipos de racionalidade decisória, como são as que nos apresenta um Max Weber, por exemplo, o jurista, em especial o juiz, pode ficar alerta para não incorrer nas ditas irracionalidades formais ou materiais – o que pode acontecer muitas vezes inconscientemente –, ultrapassando, assim, os limites da sua competência enquanto agente de um

⁶⁷ Ibidem, p. 47.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Como disserta T. B. Bottomore, “a teoria de Marx do desenvolvimento da produção e da formação de classes sociais, a teoria de Durkheim da divisão do trabalho e da solidariedade social, e a teoria de Max Weber da burocracia como elemento de um movimento generalizado em direção a uma completa racionalização da vida social deram origem a controvérsias teóricas que devem levar eventualmente à formulação de novas teorias” (BOTTOMORE, T. B. *Introdução à sociologia*. 6. ed. Trad. Waltensir Dutra e Patrick Burglin. Rev. técnica Otávio Guilherme Velho e Edson de Oliveira Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 51).

⁷⁰ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

dos poderes do Estado e deslegitimando sua própria atuação, a atuação da jurisdição. Consequentemente, reconhece-se aqui a importância *estratégica e instrumental* dos clássicos no sentido de *legitimar* o argumento do jurista, seja ele o juiz, o advogado, o promotor de justiça, o professor ou quem quer que seja. Também se reconhece a dita *função concretizante* do clássico, que possibilita ao jurista certa eficiência, inclusive em termos de *ganho de tempo, facilitando* certas discussões sem que seja preciso trazer à tona todos os fundamentos embaixadores de determinados consensos para que possa, então, aplicar o direito. Assim, se alguém estiver justificando determinado posicionamento político-jurídico e tiver de utilizar o termo *anomia*, por exemplo, não precisará explicar o que ele significa em razão de já existir certo consenso na comunidade jurídica do que é a anomia, noção, como se sabe, ligada a Durkheim. E isso também tem a ver com outras funcionalidades do clássico que são a redução de complexidade, tema candente em Luhmann, e a condensação de sentido, de que trata Alexander. Noutras palavras, o clássico *facilita* ao jurista a discussão teórica e lhe oferece uma espécie de *segurança* de que o ouvinte, a quem ele se dirige – tome-se o exemplo simples de uma petição inicial ou de um recurso cujos argumentos direcionam-se ao juiz ou ao tribunal –, já sabe do que o remetente – no caso exemplificado, o advogado – está tratando. E, evidentemente, o clássico não cerceia a possibilidade da discussão, na medida em que, ao contrário, é sua própria *condição de possibilidade*. Dito de outro modo, é possível formular algo novo a partir daquilo que o clássico propicia. Diante da diversidade fenomenológica que fica submetida ao campo do direito, e das possibilidades nele abertas, a *normatividade* do direito, subsistema social que reflete as condições da sociedade, pode ganhar reforço a partir dos contributos e das *irritações* propiciados pela Sociologia enquanto campo teórico de observação da sociedade, ou da *observação da observação* (Luhmann). Penso que uma comparação bem simples possa servir como exemplo do que significam esse reforço da normatividade do jurídico e essa observação da observação em termos de sociedade e direito: suponhamos que a Sociologia e o Direito fossem duas pessoas que estivessem conversando. Uma delas, portanto, é a Sociologia; a outra, o Direito. O Direito, então, diz à Sociologia: – *Sociologia, tal coisa deve ser!* A Sociologia, por sua vez, diz para o direito: – *Deve, mas não é. É assim!* E a Sociologia diz isso justamente porque os fenômenos, as *coisas* (Durkheim falava de coisas, do fato social *enquanto coisa*), condensadas nos clássicos, e, portanto, os clássicos – que são uma redução da complexidade social, da realidade – assim o demonstram, assim o provam. A

Sociologia Sistêmica, por sua vez, observa os dois, como se estivesse dizendo ao direito: – *Direito, reflita sobre o que a Sociologia está te dizendo!* O teórico sistêmico é o observador dessa conversa, pois observa a observação da observação⁷¹. A chave desse exemplo é a observação e a comunicação inter(e endo) sistemas, que é condição para o que se chama de *acoplamento estrutural*. Uma vez comunicado o outro sistema pelo código binário e em razão da sua diferenciação funcional, feito está o acoplamento e não se fala mais nele. Um fato jurídico, bem se sabe, é o desdobramento de um fato social. O Direito, como *dever ser*, às vezes, não consegue dar conta do *modo de ser*. É assim e pronto! A Sociologia Sistêmica, porém, apresenta uma característica importante: a observação. É justamente em relação à necessidade de o direito se observar e observar a sociedade, e como o direito deve fazer sua *referência interna* – e aqui entram em jogo os atores, as instituições, a doutrina, a Constituição, as leis e... os *clássicos!* – e se ajustar para se comunicar com a sociedade, que se apresenta a observação de segundo grau proporcionada pela Sociologia Sistêmica, em especial⁷².

⁷¹ Aí estamos diante de um *observador de terceira ordem*, por assim dizer. O juiz, por exemplo, *observa a observação*. O teórico, no entanto, que irá falar do juiz, observa a observação da observação. Não é diferente o que se passa com o promotor de justiça – como exemplificaria o meu amigo, Delegado de Polícia Civil e doutorando em Direito, Emerson Wendt –, que observa o inquérito policial e, portanto, observa a observação da observação. Dependendo do contexto, o juiz poderá ser um *observador de quarta ordem*, ou, ainda, de *terceira*, em relação ao fato em si. Aliás, o fato de haver uma testemunha que observou determinado fato, e um Delegado, que ouviu a testemunha que observou esse determinado fato, já faz possível falar em um fato, em uma primeira observação, em uma segunda observação, além daquilo que é colocado no inquérito, etc. Ou seja, só aí já temos vários observadores. Por isso é interessante colocar-se na figura do observador em relação à circunstância, ao fato observado e aos níveis por que aí se passaram. Afora isso, há também – e não menos importante – a metodologia trabalhada no sentido de *como observar*. A metodologia, portanto, é importante no que diz com o *objeto* da observação. Assim, uma coisa é observar o fato social; outra, observar o contexto das decisões. Eu posso fazer uma observação de terceira ordem das decisões judiciais. Nada impede, porém, seja feita uma análise de observação de segunda ordem, como, por exemplo, do perfil do juiz, da sua origem, etc.: o juiz é de periferia, de classe média ou de classe alta? Essa análise pode ser útil pra verificar o quanto isso pode influenciar na decisão, por exemplo.

⁷² A sociologia sistêmica *talvez* pudesse ser vista como uma espécie de *ponte* entre o Direito e a Sociedade, como sugere meu amigo Cláudio Rogério Sousa Lira, Professor e Doutor em Direito pela Unisinos. Para meu outro amigo, colega de docência e de magistratura, José Francisco Dias das Costa Lyra (com “y”), também Doutor em Direito pela Unisinos, e com quem também venho *changing* ideias a respeito desse problema, a ideia de ponte, no entanto, seria contrária à ideia de *fechamento* dos sistemas, implicando, assim, em uma diluição da autopoiese. O termo *ponte*, portanto, pressuporia um *acesso direto* entre direito e sociedade (ou ambiente), o que não é possível. É que o ambiente pode *irritar* o sistema via *comunicação*, que deverá, então, ser filtrada e selecionada pelo próprio código do Direito. Os clássicos e a teoria sistêmica contemporânea constituem, assim, possibilidades dessa comunicação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Jeffrey C. A importância dos clássicos. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Org.). *Teoria social hoje*. 1. reimp. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp, 1999.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o direito. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2010.

BOTTOMORE, T. B. *Introdução à sociologia*. 6. ed. Trad. Waltensir Dutra e Patrick Burglin. Revisão técnica de Otávio Guilherme Velho e Edson de Oliveira Nunes. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. 5. imp. São Paulo: Ática, 2003.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 3. ed. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009 (Coleção a obra-prima de cada autor).

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Rev. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological jurisprudence e realismo jurídico – A filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, jun. 2016.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUIBOURG, Ricardo A. *Saber derecho*. 1. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

- _____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- NOGUERA, José A. El mito de la sociología como “ciencia multiparadigmática”. *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 42, 31-53, enero-junio 2010. ISSN: 1130-2097.
- OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, D. L., 1992.
- RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- _____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROJO, Raúl Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 16-34, jan./jun. 2005.
- SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SALLUM JR., Brasília. Apresentação da coleção. In: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 12. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
- SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. imp. Barcelona: Ariel, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição - Análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, dez. 2003.
- _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES NAFARRATE, Javier. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Rev. técnica Gabriel Cohn. Brasília/DF: Universidade de Brasília, 1999.

Submissão em: 14.10.2019

Avaliado em: 11.06.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 25.08.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 28.10.2020

TEORIA DO RECONHECIMENTO E MEDIAÇÃO: OS CONFLITOS EM UMA “SOCIEDADE ÓRFÃ DE AUTONOMIA”¹

*RECOGNITION THEORY AND MEDIATION: CONFLICTS IN AN “ORPHAN
AUTONOMY SOCIETY”*

Carolina Portella Pellegrini²

Aluna Especial do Doutorado no Programa de Pós-Graduação (UFPEL,
Pelotas/RS, Brasil)

ÁREA(S): Filosofia do Direito; sociologia do Direito; direito processual civil.

RESUMO: Este artigo se propõe a esboçar uma teoria crítica “real”, próxima da prática cotidiana das pessoas e que objetiva integração. Por isso, dedica-se a diagnosticar uma patologia social em específico: a falência de autonomia dos cidadãos na sociedade contemporânea, o que gera a normalização da prática de transferência de responsabilidades e a geração de dependência do monopólio

do Estado enquanto gestor de conflitos. Mais que isso, busca trazer alternativas para mitigar esse cenário patológico, abordando a mediação como um método de gestão de conflitos que se harmoniza com os ditames da teoria do reconhecimento de Axel Honneth (2003). De modo que, num primeiro momento, traça-se um panorama acerca das patologias sociais. Depois, trata-se sobre os conflitos e a patologia social diagnosticada. Por fim, discorre-se sobre a mediação e a teoria do

¹ Terminologia de Maus (2000).

² Advogada, Especialista em Direito de Família e Sucessões e Mestre em Direito e Justiça Social, pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Mediadora e Conciliadora Judicial certificada pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos do Tribunal do Justiça do Rio Grande do Sul (NUPEMEC-TJ/RS), Membro da Comissão Especial de Direito Sistemico e Práticas Restaurativas junto à Subseção do Rio Grande/RS, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa do CNPq intitulado “Direito Sistemico e Métodos Adequados de Resolução de Conflitos”, Advogada Sistemica certificada pelo Modelo de Gestão da Advocacia Sistemica, Coach Sistemica com Neurosemântica e PNL pela Gestão da Advocacia Sistemica, Neuro-Semantics International Society of Neuro-Semantics Actualizing Excellence, WCC - Word Coaching Council, e Point Of You - Creative Tools for Training & Development. Autora do livro *Mediação: usos e práticas dos advogados em conflitos familiares judicializados*. E-mail: cacapellegrini@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/0526550710237805>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-7292-1875>>.

reconhecimento como instrumentos de efetivação para uma cultura de autonomia dos conflitantes.

ABSTRACT: *This article proposes to outline a “real” critical theory, close to people’s daily practice and that aims at integration. Therefore, it is dedicated to diagnosing a specific social pathology: the failure of citizens’ autonomy in contemporary society, which generates the normalization of the practice of transfer of responsibilities and the generation of dependence on the state monopoly as a conflict manager. More than that, it seeks to bring alternatives to mitigate this pathological scenario, approaching mediation as a method of conflict management that harmonizes with the dictates of Axel Honneth’s (2003) recognition theory. So, at first, it gives an overview about social pathologies. Then it deals with conflicts and diagnosed social pathology. Finally, we will discuss mediation and the theory of recognition as instruments of realization for a culture of conflicting autonomy.*

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento; mediação; conflitos; autonomia; Judiciário.

KEYWORDS: *Recognition; mediation; conflicts; autonomy; Judiciary.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Patologias sociais; 2 Os conflitos em uma “sociedade órfã de autonomia”; 3 A mediação e a teoria do reconhecimento como instrumentos de efetivação para uma “cultura de autonomia e responsabilização dos conflitantes”; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Initial considerations; 1 Social pathologies; 2 Conflicts in an “orphan society of autonomy”; 3 Mediation and the theory of recognition as instruments of effectiveness for a “culture of autonomy and accountability of the conflicting”; Final considerations; References.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo emergiu de reflexões e estudos ocorridos durante o semestre da disciplina de “Poder e Soberania: patologias do nosso tempo”, do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Pelotas/RS. Objetiva, por meio de pesquisa bibliográfica, tratar acerca das patologias sociais que acometem a sociedade.

Mais do que isso, pretende, especificamente, refletir sobre uma patologia em particular: os conflitos em uma sociedade “órfã de autonomia” (Maus, 2000). E, a partir da patologia exposta, explorar a mediação como um método de gestão de conflitos que se harmoniza com os ditames da teoria do reconhecimento de Honneth (2003) e, especialmente, como instrumento de efetivação de “uma cultura de autonomia e responsabilização dos conflitantes” (Morais, 2012, p. 170).

Com isso, almeja-se suplantar aspectos universalistas e formais, bem como o “déficit sociológico” apontado por Honneth que a Teoria Crítica sofre. Este autor argumenta que há falhas internas nos modelos de Horkheimer, Adorno e Habermas (pensadores da Escola de Frankfurt, assim como ele próprio), pois, apesar de proporem paradigmas teóricos explicativos da integração social, deixaram de lado a atividade diária em favor de uma teorização mais profunda sobre a dominação. Acostumaram-se a pensar sobre a realidade a partir de um protótipo (ideal) que não existe no “mundo real”.

Por essa razão, Honneth (2011) critica que a atualidade da filosofia social está imbuída de idealização. Segundo Rodriguez (2009, p. 132): “Para evitar esta forma reificada de teoria, é preciso incorporar a ela a identificação de tendências presentes na realidade, capazes de fundar projetos de mudança social”. Nesse sentido, o “déficit sociológico” só pode ser superado por meio de uma teoria da integração, cujo centro ativo é a atividade cotidiana. Assim, com o presente artigo, busca-se contribuir para uma Teoria Crítica, não só apontando as mazelas e patologias sociais vividas, mas encontrando na própria experiência social alternativas e formas de mitigá-las.

1 PATOLOGIAS SOCIAIS

O ponto de partida para a compreensão do que é patologia social é compreender, primeiramente, o que é social e o que é normal, para que se possa, então, efetivamente discorrer sobre o que é tido como patológico/anormal. Afinal, como saber se é patológico se não sabemos o que é normal? Ou se não sabemos a quem acomete essa anormalidade?

Segundo o dicionário linguístico *Que Conceito*, a palavra social se refere

[...] ao que é próprio da sociedade, ou de outra forma, ao que é relativo a ela. No entanto, a sociedade é o conjunto de indivíduos que compartilham uma mesma cultura e interagem uns com os outros para formar uma comunidade, isto é, neste sentido do termo, a palavra social significa pertence, pois representa algo que é compartilhado pela comunidade, por exemplo, a vida social, a convivência social, que se referem às formas de vida que tem os indivíduos que compõem uma sociedade.

Na maioria das definições nos dicionários linguísticos, o vocábulo social remete a um adjetivo “que diz respeito à sociedade”. Contudo, neste artigo, aborda-se e reflete o social como pessoas intersubjetivamente interligadas, que ensejam relações complexas, mais do que simplesmente como um agrupamento de indivíduos.

O termo patologia é inspirado no campo da medicina e na ideia de prognóstico, no sentido de se examinar e buscar alternativas enquanto crítica da sociedade. De acordo com o *Dicionário de Filosofia Nicola Abbagnano*, patológico é algo

[...] que representa doença ou manifestação de doença. O único uso especificamente filosófico deste termo encontra-se em Kant, em que designa tudo o que diz respeito à “faculdade inferior de desejar”, ou seja, ao conjunto das inclinações humanas naturais. Do ponto de vista kantiano, não é P. somente a chamada “faculdade superior de desejar”, que é a razão prática independente de todas as inclinações sensíveis (*Crít. R. Prática*, § 3^o Schol. I). (Abbagnano, 2007, p. 745-746)

Para Kant, patológico remonta à ideia de que se o ser humano não alcança uma racionalidade tal – construída sob a crença de que existe uma inclinação ética natural dos indivíduos para o bem que precisa ser regada pela razão – é tido como doente. Ao passo que, segundo esse dicionário, J. Bentham

[...] chamou de *patologia* a consideração e a classificação dos móveis sensíveis da conduta, indicando com esse termo “a teoria da sensibilidade passiva”, enquanto chamava de *dinâmica* “o uso possível, por parte do moralista e do legislador, desses mesmos móveis para determinar a conduta humana com vistas à máxima felicidade possível” (*Springs of Action*, 1817). (Abbagnano, 2007, p. 745-746)

Porém, como se está diante de uma teoria crítica do século XXI, neste artigo, embasado em Axel Honneth (2011), essa noção de patológico é reformulada. No contexto da teoria social, pode-se falar em patologia social “sempre que a relacionarmos com desenvolvimentos sociais que levem a uma notável

deterioração das capacidades racionais de membros da sociedade ao participar da cooperação social de maneira competente” (Honneth, 2011, p. 119). Trata-se da ausência de uma compreensão racional do sujeito em relação aos significados que possuem as práticas institucionalizadas (Honneth, 2011, p. 119).

Portanto, para esse autor (2011, p. 114), patologias sociais são deficiências sociais que não remontam a mera violação de princípios de justiça comumente aceitos, tampouco se cingem ao problema das desigualdades. Quer dizer violações das condições sociais de autorrealização humana. Logo, o defeito social não é apenas a violação dos princípios da justiça, mas também aquilo que torna as suposições “normais” ou saudáveis impossíveis. Trata-se de uma “não-normalidade”.

Assim, para falar sobre patologia social, é necessário pensar em uma ideia de normalidade que se relaciona com a vida social como um todo (Honneth, 2011, p. 115), sendo medida a partir de um critério de condições sociais de uma vida plena ou de sucesso. No entanto, de acordo com Honneth (2011, p. 117), o erro está em tomar por universais condições de vida altamente seletivas e/ou temporárias, numa perspectiva ética puramente formal do que é “bom”.

Observa-se que a maioria dos estudos sobre patologias sociais traz uma ideia de ética da normalidade social, assim como a filosofia social tomou desde o seu início, abordando uma ética formal sempre tida como uma crítica do *status* social – percebido como alienado, sem sentido, reificado ou mesmo doente. Então, para este artigo, assim como para Honneth (2011, p. 114), “a intenção crítica é de uma ética desenvolvida acima de termos formais”.

A patologia social pode, portanto, ser tratada por oposição à normalidade. A normalidade é uma construção social, na medida em que o “normal” é algo que não foge do padrão ou da norma. Nesse sentido, o *Repositório Significados* assim conceitua “normal”:

Normal é um adjetivo que qualifica *algo como comum, regular e usual*, significando que não foge aos padrões ou a norma. Normal também pode representar a natureza sadia e natural de algo, que não apresenta defeitos ou particularidades, como problemas físicos ou mentais, por exemplo. Quando se diz que determinada pessoa é normal, quer dizer que apresenta um comportamento e aparência que é socialmente aceitável e comum.

Agir com *normalidade* é o mesmo que seguir os comportamentos que são esperados de acordo com determinada situação, por exemplo. (Normal, 2017 – grifos originais)

Já Eric Fromm (1965) vê a “anormalidade” como um fenômeno humano. Em seu livro *El Corazón del hombre*, propõe-se a responder ao questionamento se o homem é essencialmente mau ou bom (cordeiro ou lobo?). Após, passa a discorrer sobre três tipos de patologias sociais: o narcisismo maligno, a necrofilia e a simbiose incestuosa.

Conclui que a natureza ou essência do homem não é uma substância específica, tão boa ou má, mas uma contradição que tem suas raízes nas condições da existência humana, assim inferindo que:

El hombre no es bueno ni malo. Si se cree en la bondad del hombre como la única potencialidad, se estará obligado a una falsificación optimista de los hechos o a terminar en una amarga desilusión. Si se cree en el otro extremo, terminará uno siendo un cínico y estando ciego para las muchas posibilidades para el bien de los demás y de uno mismo. Una opinión realista ve las dos posibilidades como potencialidades reales, y estudia las condiciones para el desarrollo de una u otra de ellas. (Fromm, 1965, p. 67)

Fromm trata o homem como uma construção inacabada, como um sistema aberto para muitas possibilidades de se tornar (Oliveira, 2013, n.p.). Portanto, a necessidade de humanizar nossas relações com o mundo externo é clara, porque, ao fazê-lo, estamos humanizando toda a nossa experiência interna.

Se o indivíduo afeta o coletivo, é porque o interno afeta o externo. E, assim, o homem é constituído por diversos fatores, como cultura e contextos, o que rechaça a concepção de ser inatamente bom ou ruim. Ser humano é estar (não ser) constantemente decidindo/escolhendo, aprendendo e relacionando. Segundo Oliveira (2013, n.p.):

Para Fromm, o homem individual é uma porta de entrada para o “homem coletivo”, portanto, ao psicanalisarmos o homem particular, devemos nos ater aos vários fenômenos sociais e culturais que o formam,

por isso, suas teorias não se restringem à análise parcial do sujeito individual, elas possibilitam um diagnóstico muito mais abrangente, ele foi o primeiro psicanalista a tentar organizar a audaciosa proposta de uma socioanálise.

Nesse sentido, ao compreender-se que o social pressupõe relações humanas e que o homem individual é uma porta de entrada para o “homem coletivo”, propõe-se pensar sobre interações humanas conflituosas, ou seja, conflitos sociais. E, nessa medida, pensar enquanto teoria crítica em cima disso. Afinal, nada mais cotidiano do que os conflitos sociais.

2 OS CONFLITOS EM UMA “SOCIEDADE ÓRFÃ DE AUTONOMIA”³

A proposta deste artigo é abordar o conflito sob um aspecto positivo e a partir de dois autores em específico – Axel Honneth (2003) e Fabiana Marion Spengler (2017) –, apesar de não desenvolver suas teorias a fundo. E assim, a partir de suas contribuições, possa adentrar-se na patologia social que se pretende analisar.

A palavra conflito representa uma pluralidade de hipóteses e acepções. Durante a formação jurídica, por exemplo, e até mesmo para a sociedade em geral, costuma-se associá-la a dimensões negativas. Não há uma unanimidade acerca do conceito de conflito, inclusive porque ele pode ser analisado sob diversos vieses: social, político, familiar, entre pessoas, étnico etc.

Etimologicamente “conflito remonta a choque ou ação de chocar de contrapor palavras, ideologias, valores ou armas” (Spengler, 2017, p. 187). De acordo com o *Manual de Mediação Judicial*, por exemplo, conflito pode ser definido como “[...] um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis” (CNJ, 2016, p. 49).

Assim, Spengler (2017) analisa essa temática sob a premissa de que há um “pluriverso” conflitivo. Isto é, entende que é necessário analisar o contexto relacional do conflito para melhor compreendê-lo. Nas palavras da autora:

Carl Schmitt (2009) já afirmava que o mundo político é um pluriverso e não um universo. Partindo dessa

³ Terminologia de Maus (2000).

afirmativa, Schmitt (2009) definiu a política como a esfera de ações humanas que podem ser inscritas na dualidade amigo-inimigo. A dualidade amigo-inimigo pressupõe a existência ou não de conflitos que possam trazer o limite e o conceito das relações existentes entre as pessoas e/ou grupos nele envolvidos. Considerando esse contexto relacional pautado pelo conflito, observa-se uma realidade plural que vai além da unidade pressuposta equivocadamente pela sociedade em seus códigos binários. Assim, o texto assume a proposta de pensar o conflito como uma pluralidade de hipóteses e, por conseguinte, de resultados, distante da universalidade massificada imposta socialmente. (Spengler, 2017, p. 184)

Concorda-se com essa abordagem, já que se concebe que a sociedade moderna está pautada nessa lógica binária – dual – de uma racionalidade que implica sempre se estar diante de apenas duas opções/alternativas que, em geral, são opostas, polarizadas e excludentes, como “ser ou não ser”, “certo e errado”, “verdadeiro ou falso”, “vencedor e vencido”, “amigo e inimigo” etc. E que essa racionalidade, além de reducionista, é limitante e insuficiente para as complexas relações modernas.

Em razão disso, muitos autores relatam que os tempos atuais são de crise. Segundo o autor Goretti (2017), inspirado nas obras de Edgar Morin e Zygmunt Bauman, duas são as facetas oriundas da tensão global dos tempos líquidos vividos na modernidade: a primeira se manifesta em uma crise das relações intersubjetivas e a segunda se manifesta numa crise de gestão de conflitos:

A crise das relações intersubjetivas foi analisada a partir dos referenciais teóricos de Zygmunt Bauman e Edgar Morin e seus discursos de contextualização do estágio de crise no qual se encontra a sociedade contemporânea; uma condição líquido-moderna marcada pela conjugação de fatores como: *i)* a fragilização ou volatilidade das relações; *ii)* a falta de compromissos com vínculos duradouros; *iii)* a ausência de diálogo; *iv)*

a progressiva perda de autonomia (individual e social);
v) e a banalização das práticas de violência.

Já a *crise de gestão dos conflitos* foi analisada na perspectiva dos seus três elementos caracterizadores: i) o agigantamento do Poder Judiciário; ii) a crise de administração da justiça; e iii) a gestão inadequada de conflitos. (Goretti, 2016, p. 30 – grifos no original)

Por isso, propõe-se pensar o conflito “como uma pluralidade de hipóteses e, por conseguinte, de resultados, distante da universalidade massificada imposta socialmente” (Spengler, 2017, p. 184). De modo que se compreende que o conflito não é uma patologia social. Apesar de muitos conflitos romperem com o que é considerado padrão de normalidade de uma sociedade, por representarem condutas e interações não tidas como esperadas ou aceitas.

Como referido acima, a anormalidade é um fenômeno humano e a normalidade, uma construção social. Nesse sentido, mesmo que os conflitos rompam com um estado de normalidade, não podem ser vistos apenas como anomalia. Em verdade, trata-se de uma oportunidade de transformação, pois movimentam o estado das coisas:

Conflito é também vitalidade. O conflito é inevitável e salutar (especialmente se queremos chamar a sociedade na qual se insere de democrática). O importante é encontrar meios autônomos de manejá-lo fugindo da ideia de que seja um fenômeno patológico e encarando-o como um fato, um evento importante, positivo ou negativo conforme os valores inseridos no contexto social analisado. Uma sociedade sem conflitos é estática. (Spengler, 2017, p. 188)

Igualmente, Honneth, inspirado em Hegel, e sua teoria do reconhecimento, parte da concepção de que os conflitos sociais possuem potencial de aprendizado prático-moral. Para Honneth (2003), o conflito é intrínseco à formação tanto da identidade dos sujeitos singulares quanto dos processos de constituição da intersubjetividade.

A intersubjetividade é analisada por esse autor em três estágios de reconhecimento: o amor, o direito e a estima social. Centrando, portanto, seus

estudos em conflitos sociais, não em conflitos de classe (conceito marxista) ou como luta por autoconservação, mas sim como experiências de desrespeito, que afetam a integridade dos sujeitos que as vivenciam.

A teoria crítica de Honneth (2003) tem como fundamento o conflito e experiências de desrespeito que afetam a identidade dos sujeitos e a sua capacidade de autorrealização. Uma das grandes contribuições de Honneth (2003) foi “[...] a introdução do tema do conflito como central para a compreensão das interações sociais e da formação da identidade humana, bem como para o desencadeamento de ações emancipatórias” (Cenci, 2013, p. 336). Assim, a patologia para Honneth está na perda da autorrealização em sentido intersubjetivo, na medida que as experiências de desrespeito a afetam.

Os conflitos podem justamente representar uma oportunidade de se chegar a essa autorrealização individual (Honneth, 2003). Podem representar uma força impulsionadora de mudança social. Ao se adotar uma ótica não excludente, compreende-se que o conflito pode levar a transformações positivas, nas ocasiões em que serve como um processo de emancipação e realização interpessoal. Entretanto, se encarado de forma destrutiva, pode gerar transformações negativas, quando distorce as relações, fazendo com que grupos sociais sejam marginalizados e não reconhecidos.

Para este artigo, os conflitos podem representar uma força que pode ensejar uma série de rupturas e deslocamentos nas práticas de justiça, mais especificamente de uma patologia social em particular: o “Judiciário como superego de uma sociedade órfã de autonomia” (Maus, 2000), o que gera a normalização da prática de transferência de responsabilidades entre os indivíduos.

O estudo de Maus (2000) intitulado “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã” foi pensado a partir do ativismo judicial alemão para revelar um fenômeno global de agigantamento/expansionismo das funções do Poder Judiciário. Em suas palavras:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu

após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. (Maus, 2000, p. 185)

A expressão “superego da sociedade” remonta a Sigmund Freud (2006, p. 36) e é empregada por Maus (2000) no sentido de superposição ou de “em cima de”, revelando que não raro os jurisdicionados veem no Judiciário a figura do pai, uma “instância crítica e proibidora” de uma sociedade dependente de seu poder de tutela:

Pode ocorrer que penetre nesse foro interno aquela instância que compreende a si própria como moral e que, de maneira tão incontroversa, é reconhecida como consciência de toda a sociedade, de tal modo que a imagem paterna à qual se resiste atue concomitantemente como ponto de partida do clássico modelo da transferência do superego e como representante de mecanismos de integração despersonalizados. (Maus, 2000, p. 187)

Assim, esse fenômeno externa que a lei assume vestes paternalistas de “proteção” (e não como “delegada” da soberania legislativa do povo), ao passo que a justiça é vista como administradora da “moral pública”. De forma que cada vez se introduzem aspectos morais e valores nos julgados, o que “[...] não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular” (Maus, 2000, p. 189).

Por isso é que se tem cada vez mais decisões judiciais políticas, pautadas na moral e até mesmo nos costumes. Esse mesmo fenômeno foi denominado por Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 22) como “expansão global do Poder Judiciário”, referindo que isto se dá em três campos: 1) na garantia de direitos, 2) no controle da legalidade e no 3) do abuso de poder e na judicialização da política.

Nesse sentido, como efeitos dessa tendência, apontam-se o esvaziamento de algumas funções típicas dos demais poderes (Executivo e Legislativo) e o enfraquecimento da autonomia de indivíduos para a gestão autônoma dos seus

próprios conflitos (Goretti, 2017, p. 50). Para este estudo, o segundo efeito é que se pretende pormenorizar, pois também é tido como patologia social.

Segundo o *Repositório Significados*, autonomia é “um termo de origem grega cujo significado está relacionado com independência, liberdade ou autossuficiência. O antônimo de autonomia é heteronomia, palavra que indica dependência, submissão ou subordinação” (Autonomia, 2016, n.p.). O conceito de autonomia para Honneth deve estar imbuído da questão do reconhecimento intersubjetivo nas três esferas estudadas pelo autor (o amor, o direito e a estima social), sendo que cada uma delas suscita um processo de desenvolvimento da autonomia pessoal:

A pessoa autônoma se deixa guiar por princípios racionais e ao mesmo tempo aprende a estar atenta às necessidades dos outros sujeitos, às situações de emergência e carências que tenham que enfrentar em suas vidas. Portanto, este ideal de articulação da natureza de necessidades implica ampliar o ideal de autonomia moral para o de sensibilidade contextual. Deste modo, define-se como moralmente autônomo aquele que, além de orientar sua ação por princípios universais, se não aquele que sabe aplicar a si tais princípios com participação afetiva e sensibilidade as circunstâncias concretas do caso particular, ou seja, desenvolver a capacidade de se colocar no lugar do outro. (Alves, 2012, n.p.)

Portanto, autonomia está ligada à autodeterminação e independência. Características essas que, se fossem presentes na sociedade moderna, não se estaria diante de um quadro de crescente judicialização⁴ de todas as espécies de conflitos – inclusive os privados. E também de um cenário de afirmação do Judiciário como instituição primária de gestão dos conflitos, numa manifesta preferência pela via judicial sempre que se estiver diante de uma pretensão

⁴ Segundo o *Relatório Justiça em Números 2018*, no ano de 2017 havia aproximadamente 80,1 milhões de processos em tramitação e, “[...] mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas, e fosse mantida a produtividade dos Magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 7 meses de trabalho para zerar o estoque” (CNJ, 2018, p. 73).

resistida, sem que se esgotem as possibilidades de administrar autonomamente os conflitos (sedimentando-se, então, uma cultura do litígio).

Por conseguinte, conforme Goretti (2017, p. 54): “O Judiciário no Brasil afirma sua condição de protagonismo social, ao passo que se consolida no imaginário social como uma superestrutura paternalista, responsável por suprir toda sorte de necessidades, desejos e carências, até mesmo as mais íntimas, atinentes à vida privada”. O que revela parecer “[...] haver um narcisismo egocêntrico exacerbado a ponto de transformar o direito positivo em única via para qualquer alteração ou disputa” (Pizzi, 2017, p. 01).

De modo que essa ausência de autonomia dos indivíduos revela que se está diante de uma patologia social que contribui para um cenário de alienação e infantilização social. Foley (2011, p. 246) bem destaca que, “na medida em que se transfere ao Estado toda a responsabilidade pela solução dos conflitos, a comunidade não se fortalece nem se torna capaz de criar suas próprias soluções, o que constitui fator de alienação”.

A sociedade “órfã”, segundo Maus (2000, p. 184-185), sanciona o “infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui”. Mais que isso: “Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna” (Maus, 2000, p. 185).

Por conseguinte, é cada vez mais escassa a postura de autoimplicação nas relações sociais e mais frequente a transferência de responsabilidade ao Outro. Não bastasse isso, “esse processo de transferência de responsabilidades legitima a afirmação de uma lógica antidemocrática, segundo a qual o Estado emerge como ente legitimador da ordem” (Goretti, 2017, p. 54).

Responsabilidade quer dizer responder por alguma coisa. Segundo o *Repositório Significados*, “é um substantivo feminino com origem no latim e que demonstra a qualidade do que é responsável, ou obrigação de responder por atos próprios ou alheios, ou por uma coisa confiada” (Responsabilidade, 2013, n.p.). Assim, responsabilizar é verbo que remonta “a colocar ou designar responsabilidade a; pôr a responsabilidade em: responsabilizar os governantes. Tornar alguém responsável” (Responsabilizar, 2013, n.p.).

Acredita-se que não se responsabilizar ou se desresponsabilizar além de heteronomia é uma das formas mais potentes de alienação que o sujeito

pode ter, na medida em que assumir responsabilidade é ter a habilidade de criar novos destinos e também capacidade de se colocar no lugar do outro (empatia). A desresponsabilização leva à indiferença e à falta de sensibilidade, principalmente para com o social ou com o que está relacionado ao outro. Nesses casos, responde-se até onde termina a autorrealização individual, deixando de haver responsabilidade ou preocupação com o outro e com o público, sendo crescente o quadro de apatia.

Contudo, mais importante do que realizar o diagnóstico de patologias que acometem a sociedade é pensar o desenvolvimento de outras formas de gestão dos conflitos, que trabalhem o empoderamento social, a fim de que devolvam ao jurisdicionado um pouco de autonomia em termos de gestão dos conflitos atinentes à sua própria vida (Goretti, 2017, p. 55). Nesse sentido é que se apresenta a mediação de conflitos – sob o viés da teoria do reconhecimento de Honneth (2003) – como mecanismo para tanto.

3 A MEDIAÇÃO E A TEORIA DO RECONHECIMENTO COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO PARA UMA “CULTURA DE AUTONOMIA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS CONFLITANTES”⁵

Considerando o cenário exposto, percebe-se que o Judiciário tem sido não só insuficiente no processo de reconhecimento de seus jurisdicionados, como tem reforçado esse quadro patológico. Enseja-se, assim, um círculo vicioso: de transferência de responsabilidade, geração de dependência e consolidação do monopólio do Estado sobre o poder, o saber, o direito, a moralidade e a justiça (Goretti, 2017, p. 55).

Ao transpor esse cenário à teoria do reconhecimento de Honneth (2003), pode-se afirmar que o indivíduo que vive uma crise de reconhecimento procura o Judiciário para solucionar a experiência de desrespeito que o aflige. Como bem destaca Cenci (2013, p. 325): “A luta por reconhecimento expressa a necessidade de o sujeito fazer-se reconhecido cada vez em novas dimensões de sua própria pessoa e implica um tipo de conflito que somente pode ser solucionado por meio da ampliação do reconhecimento para níveis superiores”.

Entretanto, não raro do outro lado da demanda existe outro indivíduo que também se sente lesado em sua esfera de reconhecimento. De modo que o Judiciário somente poderá restabelecer o reconhecimento de um destes, deixando

⁵ Expressão de Moraes (2012, p. 170).

o outro em processo de não reconhecimento. Esse é o paradigma “vencedor e vencido” ou “ganha-perde”, pautado na dualidade da lógica binária descrita acima, advinda do modelo cartesiano.

Trata-se de uma tradição que transmite sempre a ideia de que para uma parte ganhar, a outra precisa perder, sendo que, não raro, o dito “vencedor” acredita que recebe menos do que deveria, subsistindo para ambos, vencedor e perdedor, na maioria das vezes, certo inconformismo com os resultados. Refere-se a uma tradição de que as partes em uma demanda judicial atuam de forma adversarial, embativa, polarizada (em campos opostos). Assim, consoante destaca Silveira (2005, p. 180), a forma como são colocadas as diferenças empobrece as possibilidades de soluções possíveis, dificultando a relação entre as pessoas envolvidas e, o mais importante, gerando altíssimo custo econômico, afetivo e relacional.

De acordo com a teoria do filósofo frankfurtiano, o indivíduo depende do reconhecimento do outro para formar sua personalidade e ser reconhecido como pessoa. No entanto, quando essa confirmação social não ocorre, surgem os conflitos, que representam uma espécie de “mecanismo de comunitarização social, que força os sujeitos a se reconhecerem mutuamente no respectivo outro, de modo que por fim sua consciência individual da totalidade acaba se cruzando com a de todos os outros, formando urna consciência ‘universal’” (Honneth, 2003, p. 64).

Nesse contexto, mediação pode ser tida como forma de luta por reconhecimento. Trata-se de método menos agressivo ao processo de reconhecimento do indivíduo oposto, se comparado com o processo judicial, pois a mediação busca soluções que abarquem benefícios mútuos. Mais que isso, é um método altamente indicado para o fortalecimento/restabelecimento do diálogo, das relações, mas, sobretudo, para o empoderamento das partes. Segundo Gorette (2017, p. 43), a mediação auxilia para que os conflitantes “[...] possam preservar as condições mínimas necessárias à perpetuação da convivência no futuro, com autonomia, independência e responsabilidade pelo Outro com o qual se relaciona”.

Assim, a mediação é indicada em conflitos que envolvam relações continuadas, ou seja, relações em que existe um histórico de vinculação pretérita entre as partes e em que se necessita a manutenção do vínculo para o futuro. São os casos que envolvem conflitos familiares, de vizinhança e alguns societários,

por exemplo. Dessa forma, sob um viés da técnica e procedimento, a mediação pode ser conceituada como

[...] um método – informal, sigiloso e voluntário – de condução dos conflitos baseado no compromisso de não violência e de não agressão. É dirigida por um mediador, que é um terceiro alheio ao conflito que tem o dever de ser imparcial e gerenciar as sessões de mediação, a fim de facilitar o diálogo, bem como resguardar que todos os interesses e questões daquele caso sejam considerados. Isso se dá por meio de uma pauta de trabalho, que é construída por todos os atores que participam de uma mediação – partes, advogados e mediadores –, os quais, inclusive, precisam concordar com os pontos a serem trabalhados. A pauta de trabalho será tratada durante as sessões, nas quais serão abordadas opções para resolução daquele caso, de forma não evasiva, sem sugestionar, com o objetivo de chegar a uma solução que assegure benefícios a todos os envolvidos. (Pellegrini, 2018, p. 29)

Já sob um viés deontológico e filosófico, está pautada no cuidado, na alteridade e numa marca emancipatória. Preocupar-se com a “outridade”⁶, termo inspirado em Warat (2001, p. 195), que deriva do pronome indefinido outro, quer dizer “enxergar no outro aquilo que sou” e enquanto sujeito de direitos, sentimentos e interesses. Essa é a mola propulsora da mediação. A mediação se propõe a um “pacto de outridade”, isto é, se assume o compromisso de não agressão como forma de resolução de um conflito (Goretti, 2017, p. 165).

Trata-se, portanto, de um encontro não adversarial, diferente do que é proposto pelo processo (jurisdição). Para isso, se reconhece o Outro como sujeito de desejos legítimos, apesar das diferenças e ainda que opostos. Não se visa, portanto, eliminar o interesse alheio. Nas palavras de Foley (2011, p. 248):

⁶ Esse termo é empregado sob o viés da solidariedade e alteridade, mas se reconhece que é nomenclatura que enseja discordância, tendo em vista que, numa concepção egológica do sujeito acerca do mundo exterior, “enxergar no outro aquilo que sou”, em realidade, não se trata de alteridade, mas de uma interpretação egoísta do outro, correspondente ao pensado pelas lentes do sujeito particular sobre o outro.

A mediação, ao contrário do sistema adversarial, valoriza a dimensão emancipatória do conflito na medida em que não opera a partir de estratégias voltadas para a eliminação do interesse alheio. Ao contrário, o olhar do outro sobre o conflito é um dos mecanismos utilizados para a construção da reciprocidade, sob uma ética da alteridade.

De acordo com José Rodrigo Rodriguez (2009, p. 131), “o direito é o instrumento pelo qual a sociedade pode ouvir as demandas por justiça”, e é também “a mediação necessária para a emancipação humana, sendo papel ‘da teoria crítica defender uma práxis que se dirija para a construção de instituições inclusivas, que favoreçam o controle social da regulação’” (Rodriguez, 2009, p. 129).

Para isso, é preciso fazer uma teoria crítica do Direito que desnaturalize as instituições por meio projetos regulatórios fundados em características do ordenamento jurídico em nome da emancipação humana (Rodriguez, 2009, p. 152). A emancipação, para esse autor, inspirado em Franz Neumann, significa aumento do controle social sobre a regulação (Rodriguez, 2009, p. 152). Para Honneth (2003), a emancipação é vista como a possibilidade de o indivíduo poder criar e efetivar o seu próprio plano de vida. Ao passo que, para este artigo, significa independência, autoimplicação – indo de encontro à patologia social acima descrita, a fim de que se construa um espaço aberto a se captar a voz de diversos grupos e indivíduos. E a mediação trabalha justamente isto: dar voz aos jurisdicionados, além de favorecer o processo de reconhecimento intersubjetivo pelo Direito, pois elimina a heteronomia e a adversariedade presentes na jurisdição e que são empecilhos ao reconhecimento intersubjetivo pelo Direito (Rezende; Vicenzi, 2015, p. 122).

Nota-se, assim, que a mediação pode contribuir e muito para mitigar as patologias supramencionadas. Tanto no que tange à falência da autonomia dos indivíduos e à transferência de responsabilidade ao Outro, quanto em relação ao cenário do Judiciário como superego da sociedade – eis que patologias intimamente relacionadas e “causa-efeito” uma das outras.

Além disso, contribui para a materialização do acesso à justiça. Inclusive, Cappelletti (1988, p. 72), já em 1988, apontava os métodos autocompositivos, como a terceira onda de acesso à justiça, a qual denomina de “o enfoque do

acesso à justiça”, na medida em que objetiva instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar os juristas. De acordo com o autor (1988, p. 67-68), “essa ‘terceira onda’ [...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. Como bem afirma esse autor:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as Cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (Cappelletti, 1988, p. 12-13)

De tal forma, por todos os motivos elencados, é que se compreende a mediação como estrutura facilitadora de reconhecimento, de pertencimento e de acesso à justiça. Além disso, é dispositivo de exercício de cidadania, na medida em que procura gerir o conflito para que se chegue a uma decisão autônoma e consensual por aqueles que devem exercer o papel de (co)autores: os indivíduos diretamente envolvidos no conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou a falência da autonomia dos indivíduos e o conseqüente agigantamento do Poder Judiciário (“Judiciário como superego da sociedade”) como patologia social. Assim, objetivou-se elaborar uma análise crítica diante desse diagnóstico. Para tanto, partiu-se do pressuposto de que, para desenvolver uma teoria crítica, seria necessário torná-la real, próxima das atividades cotidianas, e não idealista ou formal, a fim de que não se incorresse no que se critica. Ou seja, desenvolver um estudo com “déficit sociológico”.

Por isso, optou-se não só por analisar as interações humanas conflituosas, que é algo totalmente próximo às pessoas, mas abordar a temática da mediação. Esta, apesar de não ser uma metodologia conhecida dos jurisdicionados ou da cultura brasileira, é algo acessível, informal, que pretende justamente tornar os cidadãos/jurisdicionados coautores na gerência autônoma dos seus próprios conflitos.

Deste modo, a mediação foi abordada como uma forma de materializar a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e, igualmente, como mecanismo que auxilia a suprir o processo de não reconhecimento deixado pelo modelo judicial. Logo, realizou-se não só o diagnóstico da patologia, mas também se buscou, na própria experiência social – mediação –, um remédio para mitigá-la. Esse remédio é reforço de empoderamento e também processo de reconhecimento intersubjetivo entre os indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola, 1901-1990. *Dicionário de filosofia / Nicola Abbagnano*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. In: *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. Coordenado por Tania Ameida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: JusPodivm, 2016.

ALVES, Cleverson Gomes. *Luta por reconhecimento e autonomia em Axel Honneth*. 2012. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/luta-por-reconhecimento-e-autonomia-em-axel-honneth/83407>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

AUTONOMIA. In: *Repositório Significados*, 10 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/?s=responsabilizar>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CENCI, Angelo Vitório. Reconhecimento, conflito e formação na Teoria Crítica de Axel Honneth. *Educação e Filosofia*, Uberlândia, v. 27, n. 53, p. 323-342, jan./jun. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Mediação Judicial – De acordo com Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10*. 6. ed. Organizado por André Gomma de Azevedo. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2016.

_____. *Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para a emancipação. In: *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Coordenado por Fabiana Marion Spengler e Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. (Coleção Direito, Política e Cidadania; 24).

FREUD, Sigmund. *O eu e o id: “autobiografia” e outros textos (1923-1925)*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

FROMM, Erich. *El Corazón del hombre: su potencia para el bien y para el mal*. Fondo de Cultura Económica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Traducido por Graciela Calderón. Série Ensayos. Madrid: Katz Editores, 2016.

_____. *La sociedad del desprecio*. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Traduzido por Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34 Ltda., 2003.

LEISTNER, Rodrigo Marques. O debate da Escola de Frankfurt e suas contribuições para uma reflexão crítica da sociedade contemporânea. *Revista Ciências Sociais Unisinos*, v. 51, n. 02, 2015.

MARIN, Jeferson Dytz. O Estado e a crise jurisdicional: a influência racional-romanista no direito processual moderno. In: *Jurisdição e processo*, coordenado por Jeferson Dytz Marin, Curitiba: Juruá, v. II, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Traduzido por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Direito Contemporâneo, Novos Estudos Cebrap*, n. 58, nov. 2000.

NORMAL. In: *Repositório Significados*, 29 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.significados.com.br>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

OLIVEIRA, Marcos de. O conceito frommiano do homem. *Sociedade Brasileira de Psicanálise Holística*, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.sbph.com.br/o-conceito-frommiano-do-homem/>>. Acesso em: 20 maio 2019.

PELLEGRINI, Carolina Portella. *Mediação: usos e práticas dos advogados em conflitos familiares judicializados*. Curitiba: CRV, 2018.

PIZZI, Jovino. *Juridicidade, judicialização e justicialização: entre o direito positivo e a justiça*. 9º Congresso Latino Americano de Ciência Política, 2017. Disponível em: <<http://www.congresoalacip2017.org/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoZNToiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjQ6IjI5MjYiO30iO3M6MT0iaCI7czoZMjoiYjYjMxM2Y2ZGRhYmZmYjA5NTQ2MWJhNDA3MjFmZDUxOTYiO30%3D>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

RESPONSABILIDADE. In: *Repositório Significados*, 17 de julho de 2013. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/responsabilidade/>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

RESPONSABILIZAR. In: *Repositório Significados*. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/?s=responsabilizar>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

REZENDE, Ariadi Sandrini; VICENZI, Brunela Vieira. A intersubjetividade e o reconhecimento do indivíduo através da mediação sob a perspectiva de Axel Honneth. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 114-129, jul./dez. 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVEIRA, Simone de Biazzi Ávila Batista da. Considerações sobre os conflitos familiares e a mediação como proposta. In: *Juris - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas*, Rio Grande: FURG, v. 11, 2005.

SOCIAL. *Dicionário Que Conceito*. São Paulo. Disponível em: <<https://queconceito.com.br/social>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual (des)ordem conflitiva. In: *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento de conflitos sociais*. Organizado por Fabiana Marion Spengler e Douglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. (Coleção Direito, Política e Cidadania; 24).

_____. O pluriverso conflitivo e seus reflexos na formação consensuada do Estado. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 22, n. 2, p. 182-209, maio/ago. 2017.

WARAT, Luis Aberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, v. I, 2001.

Submissão em: 14.11.2019

Avaliado em: 28.10.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 20.08.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 29.10.2020

A (I)LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE ACUMULAÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

A (II)LEGITIMACY OF ACCUMULATION CRIMES IN FACE OF THE PRINCIPLE OF OFFENSIVITY

Diego Alan Schöfer Albrecht¹

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

Andrey Luciano Bieger²

Professor do Curso de Direito do Centro Universitário FAI (UCEFF, Itapiranga/SC, Brasil)

ÁREA(S): direito penal; direito ambiental.

RESUMO: Este artigo tem por tema a técnica de acumulação no direito penal. O objetivo geral é analisar se tal técnica se coloca como ilegítima em face do princípio da ofensividade a partir dos seus dois níveis de proteção. Os crimes de acumulação são condutas com potencial de lesividade muito baixo ao bem jurídico tutelado, mas que, quando praticadas por um grande número de pessoas, pode levar à nadição do bem. Para tanto, adota-se um modelo

epistemológico de direito penal, que guiará a análise; em seguida, descreve-se a técnica dos crimes de acumulação; posteriormente, identifica-se o princípio da ofensividade em dois níveis. A contribuição do presente estudo é parte da análise do princípio da ofensividade em dois níveis, isto é, a matéria tutelada e a técnica de tutela. O método é dedutivo e, como técnica de pesquisa, emprega-se a revisão bibliográfica. Ao fim, conclui-se que a técnica dos crimes de acumulação viola o princípio da ofensividade, sendo, portanto, desprovida de legitimidade.

¹ Advogado Criminalista. *E-mail:* diea2110@yahoo.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4634731599262140>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6151-8685>.

² Mestre em Direito (UnoChapécó). Advogado. *E-mail:* andreybieger@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7445337547085848>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2260-0985>.

ABSTRACT: *This article focuses on the accumulation technique in criminal law. The general objective is to analyze whether this technique is considered illegitimate in view of the principle of offensiveness based on its two levels of protection. Accumulation crimes are conducts with a very low potential for harm to the protected legal good, but which, when practiced by a large number of people, can lead to the nadification of the good. To this end, an epistemological model of criminal law is adopted, which will guide the analysis; next, the technique of accumulation crimes is described; subsequently, the principle of offensiveness is identified on two levels. The contribution of the present study is part of the analysis of the principle of offensive on two levels, that is, the tutored material and the tutelage technique. The method is deductive and, as a research technique, bibliographic review is used. In the end, it is concluded that the technique of accumulation crimes violates the principle of offensiveness, and is therefore devoid of legitimacy.*

PALAVRAS-CHAVE: crimes de acumulação; princípio da ofensividade; proteção do meio ambiente.

KEYWORDS: *accumulation crimes; principle of offensiveness; protection of the environment.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antes de tudo: uma leitura epistemológica do direito penal; 2 A técnica de tutela dos crimes de acumulação; 3 A técnica dos crimes de acumulação em face da ofensividade e seus distintos níveis; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 First of all: an epistemological reading of criminal law; 2 The technique of guarding of accumulation crimes; 3 The technique of accumulation crimes in the face of offensiveness and its different levels; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Em termos simples, o conceito da técnica dos crimes de acumulação parte da atribuição de pena para condutas que, por si só, são incapazes de trazer uma ofensa a um bem jurídico, sendo justificadas pela possibilidade de levar outros ao cometimento do delito, caso a pena não seja aplicada. Neste contexto, a preocupação com a matéria ambiental, que resultou na Lei dos Crimes Ambientais – Lei nº 6.905/1998, denota o cuidado hermenêutico em relação aos pressupostos estabelecidos pela tipicidade material.

Dessa forma, advém a necessidade de confrontar tal técnica de imputação em face dos princípios limitadores do direito penal, em específico o princípio da ofensividade.

Inferese, assim, que a proposta dos crimes de acumulação vem com intuito de resolver a problemática tutela do bem jurídico ambiental; contudo, antes de se admiti-la, deve-se analisá-la frente ao princípio da ofensividade, para que se possa concluir pela sua (i)legitimidade.

O objetivo geral deste trabalho dá-se em analisar a técnica dos crimes de acumulação frente ao princípio da ofensividade. Assim, surge o nosso problema de pesquisa: A técnica dos crimes de acumulação viola os princípios limitadores do direito penal, notadamente o princípio da ofensividade, em seus dois níveis de proteção?

A primeira parte do trabalho, que sugere uma breve discussão acerca do modelo epistemológico trabalhado, parte do pressuposto de esclarecer ao leitor o conceito de justificação para o qual surge a ideia dos crimes de acumulação, a sociedade de risco e o seu impacto, chamado de expansão do direito penal, bem como relaciona-o com o marco teórico utilizado. Giza-se que tal escolha é feita na pesquisa, e não em sua introdução, pois estima-se que a escolha de tal marco teórico é essencial para o estabelecimento da resposta da forma como proposta, incorporando-se como premissa essencial da análise.

Na segunda parte, é exposta a técnica dos crimes de acumulação, a partir da construção da sua descrição, assim como são especificados os seus critérios de sua configuração.

Ao fim, especifica-se o princípio da ofensividade em seus dois níveis de proteção. O primeiro deles, que diz respeito ao bem jurídico tutelado, e o segundo, que remete à análise da técnica de tutela utilizada para o bem jurídico.

A contribuição do trabalho ocorre ao distinguir os dois níveis de proteção do princípio da ofensividade, o que permite a compreensão da adequação entre o bem jurídico tutelado e a técnica de tutela utilizada (lesão ou perigo ao bem proposto).

1 ANTES DE TUDO: UMA LEITURA EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO PENAL

A partir do desenvolvimento da ideia de sociedade de risco³ - *Risikogesellschaft* -, pensar no meio ambiente, isto é, toda difusão subjetiva, temporal e espacial das situações de risco e perigo, significa pensá-la de uma

³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

forma diferente, vindo, agora, o risco a ser um fator relevante para uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente⁴.

Na nova conjuntura social, os riscos difundem-se de um modo muito volátil quando comparados aos riscos da sociedade pré-industrial. Seu traço característico é o dano suprainvidual, que dá uma noção de “globalização” no seu alcance, de modo que um acidente em uma parte do globo pode trazer sérias consequências em outra parte.

Dessa forma, a sociedade de risco pode ser compreendida como “uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições de controle e a proteção da sociedade industrial”⁵. Se o perigo do risco é tido por meio de uma ação humana, significa que se pode controlá-lo por medidas restritivas, mecanismos de gestão de risco⁶. Nesse terreno surge um campo fértil para uma atuação política de exceção, fundada em uma necessidade de emergência.

A urgência abre margem para uma forte atuação do campo político na área penal, infiltração que ameaça a lógica garantista do sistema. Em um contexto geral, no qual se desconhecem as relações de causa-efeito, pode-se caminhar para um contexto chamado por Sánchez de “*la institucionalización de la inseguridad*”⁷⁻⁸, resultando no fenômeno da expansão do direito penal.

Com efeito, a nova estruturação social, demasiadamente aberta ao âmbito político, tenta, por meio do direito penal, imputar as responsabilidades aos causadores das situações perigosas, acarretando uma profunda mudança no direito penal, sobretudo rumando-se para um Estado preventivo⁹.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.

⁵ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. *Modernização reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Unesp, 1995. p. 15.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La Expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 2001. p. 25-29.

⁸ Tradução de próprio punho: “A institucionalização da insegurança”.

⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005. 236 p. (Monografias, 34). p. 91.

O exaurimento da função crítico-garantista do direito penal se dá neste contexto. A função minimalista de tutela de bens jurídicos, consagrada historicamente, transmuda-se para uma função promocional de valores orientadores da ação humana, uma função de garantidor para as gerações futuras¹⁰. Dessa forma, “a questão está em saber se o Direito Penal actual, herdado da ilustração e continuamente racionalizado através da assimilação progressiva de estruturas morais, pode participar em tais tarefas”¹¹. A esse respeito, existem duas principais propostas: uma encontra sua fundamentação na função da pena; a outra, no ilícito.

O modelo epistemológico que se fundamenta na pena é denominado de funcionalista, tendo como o seu maior expoente em Roxin¹². Por outro lado, pela fundamentação a partir do ilícito, chega-se às teorias de base ontológica, como a teoria de base onto-antropológica elaborada por Faria Costa¹³. Para poder se chegar a um ponto de definição e escolha entre uma das teorias e, consequentemente, adotar um modelo compatível, é necessário fundamentá-las.

No presente artigo, adota-se o modelo normativo revisto, pelo qual tem-se que o Estado não pode impor uma solução dos problemas a qualquer custo, pois corre o risco de suprimir garantias dos cidadãos. Portanto, a definição de um uso racional do *ius puniendi* pode ser obtida na precisa definição de D’Avila: “[...] a delimitação do espaço de legitimidade propiciado pela análise normativa deve, necessariamente, preceder a reflexão em termos de adequação e utilidade por parte da política criminal”¹⁴. A problemática referente à matéria circunda a premissa de que antes de se perguntar “o que e como fazer?”, é preciso perguntar se “posso fazer?”. Por isso, adota-se uma leitura do direito penal normativo, devidamente pautado e limitado, não estruturado sobre uma lógica na qual a justificação dos meios se dá pelos seus fins.

Sem dúvida, o plano de revitalização do direito penal frente a um exacerbado contexto político repercute na consolidação do princípio da ofensividade. O princípio da ofensividade exige, para uma legítima incriminação,

¹⁰ Ibidem, p. 95.

¹¹ SILVA DIAS, Augusto. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, p. 314-315, 2003.

¹² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹³ COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2007.

¹⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

a ofensa a um bem jurídico, isto é, uma injúria a um bem juridicamente tutelado – *nullum crimen sine iniuria*.

Sob tal perspectiva, cabe ressaltar que adotar o modelo da ofensividade como linha mestra significa a revitalização de uma

perspectiva dogmática, este preciso modelo de crime traduz uma concepção de ilícito penal estabelecida fundamentalmente na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos e, portanto, em clara oposição à simples violação subjetiva do dever.¹⁵

Deixando o direito penal para além da descrição formal de uma conduta criminosa, o delito deve preencher, além da tipicidade formal, a tipicidade material, consubstanciada na ofensividade¹⁶.

2 A TÉCNICA DE TUTELA DOS CRIMES DE ACUMULAÇÃO

É neste cenário que surge a proposta dos crimes de acumulação – *Kumulationsdelikte*¹⁷. Kuhlen firma sua teoria sob o paradigma da sociedade de risco, entendendo que os danos ao meio ambiente necessitam de ações que o protejam em longo prazo, o que não acaba sendo feito, por a sociedade optar, muitas vezes, por deixá-los em segundo plano, dando uma maior importância econômica ao cenário¹⁸.

Neste cenário, a proteção de bens jurídicos coletivos pelo direito penal fundamenta-se na ideia de que muitos dos novos riscos provêm da soma de ações individuais. Nas novas sociedades há uma maior insegurança coletiva, o que resulta em uma maior exigência de atribuição de culpa. É sobre esses fundamentos que a técnica que privilegia os chamados “critérios de dano global ou do grande número” encontra fundamento. Aquelas ações que, quando praticadas por um

¹⁵ Ibidem, p. 40.

¹⁶ Ibidem, p. 41.

¹⁷ Cabe esclarecer que a denominação dos crimes de acumulação (*Kumulationsdelikte*) é devida a Lothar Kuhlen, que publicou, em 1986, um artigo chamado *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung*. Após sofrer inúmeras críticas doutrinárias, principalmente por Hirsch, o autor reformulou alguns conceitos, vindo, em 1993, a publicar o artigo denominado *Umweltraferecht – auf der Suche einer neuen Dogmatik*, no qual o foco se manteve nos crimes de acumulação.

¹⁸ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011. p. 36.

grande número de pessoas, de forma cumulada, presumivelmente terão um resultado danoso para o bem jurídico coletivo, passam a ser coibidas¹⁹.

Outro ponto que sustenta a ideia da acumulação refere-se à vantagem indevida. Kuhlen usa a expressão “viajante sem bilhete – *Tritbrettfahrer*”²⁰, em analogia ao pensamento de um viajante sem bilhete, que de maneira despreocupada com os efeitos negativos da sua conduta, de forma egoísta, faz-se valer da situação de cooperatividade dos demais, em prol de si mesmo²¹, de forma que, se não se o repreendesse, todos praticariam a conduta²².

A formulação doutrinária de Kuhlen se apoia sobre quatro principais pontos: (a) definição dos bens ambientais; (b) acessoriedade administrativa no direito penal ambiental; (c) relação entre a ação e os bens jurídicos no direito penal ambiental; (d) problematização a respeito dos bens jurídicos coletivos²³.

Para Kuhlen, os bens jurídicos ecológicos, como a água, o ar e o solo, fontes de qualquer forma de vida, devem ser preservados de modo a manter seu íntegro estado na natureza²⁴. A acessoriedade administrativa seria buscada naquelas ações de menor conteúdo de injusto, não relevantes para o direito penal²⁵, obviamente, desde que não inseridas no plano da acumulação.

Dessa forma, pequenas ações que não têm relevância ao serem praticadas de forma isolada, quando praticadas por um grande número de pessoas de forma cumulada, trariam uma lesão ao bem jurídico, devendo ser criminalizadas²⁶.

A sua leitura é obtida por meio da noção de alargamento do bem jurídico meio ambiente, de modo que haveria uma renúncia à lesão ou ao perigo ao bem jurídico. Kuhlen constata que a interpretação de vários tipos penais que tutelam a matéria ambiental parte de uma concepção ecocêntrica exacerbada e, por isso, há a presunção dessas ações como crimes de lesão. De outra forma, ele propõe

¹⁹ SILVA DIAS, Augusto. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, p. 311, 2003.

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ *Ibidem*, p. 311 e ss.

²² *Ibidem*, p. 319-320.

²³ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011. p. 35.

²⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵ *Ibidem*, p. 40.

²⁶ *Ibidem*, p. 42.

que seu entendimento dê-se a partir de uma concepção eco-antropocêntrica moderada, o que nos indicará que, se feito dessa forma, tratar-se-á de um tipo de perigo²⁷.

Usando de modo explicativo o crime de poluição das águas do Código Penal alemão - *Gewässerverunreinigung* - § 324 StGB (*Strafgesetzbuch*), o autor passa a defender seu posicionamento²⁸. O autor cita hipoteticamente um morador de uma casa perto do Rio Main, que ali despeja as águas residuais da cozinha. À luz do exemplo, Kuhlen afirma que a interpretação dada ao crime de poluição das águas, previsto no § 324 StGB, é de um crime de lesão, a partir da análise do bem jurídico meio ambiente lastreada em uma concepção ecológica extremada. No exemplo, o Rio Main deve ser entendido como um bem jurídico fundamental para a vida de homens, animais e plantas (*Lebensgrundlage*). É evidente que, quando Kuhlen utiliza o exemplo do Rio Main, este quer dizer que a grande maioria dos crimes ambientais é vista como crime de lesão. Portanto, conclui Kuhlen, uma proteção correta só se faz quando se adota uma concepção ecológico-antropocêntrica²⁹.

Dessa forma, para Kuhlen, pequenas ações que não têm relevância quando praticadas de forma isoladas, diante da possibilidade de serem realizadas por um grande número de pessoas de forma cumulada e, com isso, trazer uma ofensa mínima ao bem jurídico, devem ser sancionadas³⁰.

Dessa forma, para que tais condutas possam ser consideradas crimes, seriam necessários três requisitos básicos: (a) verificação de comportamentos que, quando praticados de forma individual, se mostrem inofensivos; (b) demonstração da prática desses mesmos atos por um grande número de pessoas; (c) observância do resultado da soma das ações que expõem o bem jurídico a um perigo³¹.

Neste contexto, a “acumulação sugere uma tal dispersão no espaço e no tempo das condutas que a integram, que impede que se possa razoavelmente

²⁷ *Ibidem*, p. 41.

²⁸ *Ibidem*, p. 37.

²⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 391.

³⁰ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011. p. 42.

³¹ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. 2009. 59. Monografia Direito. Porto Alegre: PUCRS, 2009. p. 21.

falar de um único facto e de um único contexto de risco”³². Assim, de acordo com tal perspectiva, “quem realiza uma conduta sabendo que está, acumulada a outras, obtendo assim um resultado perigoso, responderia do mesmo modo de que uma autoria acessória”³³.

Com efeito, vê-se que a conduta, quando praticada isoladamente, não tem capacidade de demonstrar um resultado danoso ao bem jurídico tutelado, isto é, isoladamente não acarreta lesão ou perigo, seja de forma abstrata ou concreta, e, portanto, individualmente é inofensiva. Contudo, na hipótese da acumulação, é, na concepção do referido autor, digna de significação jurídico-penal³⁴.

3 A TÉCNICA DOS CRIMES DE ACUMULAÇÃO EM FACE DA OFENSIVIDADE E SEUS DISTINTOS NÍVEIS

Na respectiva proposta, faz-se necessária a análise da técnica acumulativa diante dois vértices: por um lado, a matéria tutelada, isto é, a correspondência do substrato material e o bem jurídico; por outro, se a técnica de tutela da acumulação é legítima frente aos limites da ofensividade.

O bem jurídico ocupa um lugar central na teoria do delito, sendo a partir dele que emergem as formas legítimas de proteção penal, evitando-se a construção do ilícito-típico como mera infração do dever.

Em que pese o uso do bem jurídico já remeter a Birnbaum, pode-se dizer que a teoria de proteção exclusiva de bens jurídicos (*rechtsgutstheorie*) nasce no momento em que a ciência jurídico-penal alemã tentou estabelecer uma delimitação ao poder de intervenção penal, tendo como ideia principal que o direito só poderia proteger bens jurídicos concretos, e não crenças políticas e morais, doutrinas religiosas, ideologias sobre o mundo ou meros sentimentos³⁵.

Muitos são os problemas que delimitam o conceito de bem jurídico, a ponto de que não se pode precisar a sua definição. Contudo, acreditamos que o bem jurídico exerce um papel importante na teoria do delito, não sendo possível abrir mão do papel crítico possibilitado por ele. Temos para nós o que D’Avila expressa, com: “E se, para alguns, a história não for suficiente para justificar tal

³² SILVA DIAS, Augusto. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, p. 311 e ss., 2003.

³³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La Expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 2001. p. 132.

³⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 388.

³⁵ HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoria del bien jurídico*. Barcelona: Marcial Pons S.A., 2007. p. 444.

carência material de validade, ao menos devem sê-lo as condições de existência estatal nos quadros de um Estado Democrático e Constitucional de Direito”³⁶.

Nessa proposta, Figueiredo Dias afirma que, mesmo não sendo possível a definição do conceito de bem jurídico, pode haver uma aproximação a sua definição. Nessa proposta, o conceito estabelecido pelo autor pode ser caracterizado como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”³⁷.

Contudo, ao definir o conceito de bem jurídico-penal na linha proposta por Figueiredo Dias, parte-se da posição de bem como expressão de um interesse e, para que haja o aumento substancial em densidade e delimitação em torno do conceito de bem jurídico, é necessário atender algumas exigências, tornando-o uma categoria densa e operatória.

Cabe esclarecer que o bem jurídico opera sob duas dimensões: a dimensão existencial (*seinaspekt*) e a dimensão valorativa (*wertaspekt*). O aspecto axiológico relaciona o bem jurídico com sua orientação teleológica. Já o aspecto existencial do bem jurídico será composto pelo conteúdo substancial da matéria tutelada, isto é, a expressão fenomênica que se encontra compreendida dentro de um valor digno e permitirá ser tutelado na forma de bem³⁸. O que se quer dizer é que a norma e, conseqüentemente, o bem jurídico provêm de um juízo de valor de signo positivo, no qual a comunidade decide pelo reconhecimento e pela proteção de determinada ordem social³⁹, tornando-se o aspecto existencial essa precisa relação de valoração pela comunidade.

Deve-se ter claro que o bem jurídico transcende a realidade do direito penal, isto é, ele não deve ser criado pelo direito penal, mas apenas reconhecido por

³⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 202.

³⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 43.

³⁸ Moritz von Schenk apud D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 207.

³⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 205.

ele⁴⁰. Os bens jurídico-penais não são criados pelo direito, eles são reconhecidos como realidades que transcendem a ordem jurídico-penal, assumindo um papel digno de tutela⁴¹. Como bem esclarece Figueiredo Dias, “ele só pode surgir, não como imanente ao sistema normativo jurídico-penal e dele resultante, mas antes como noção transcendente – e neste sentido trans-sistemática – relativamente àquela”⁴². O reconhecimento da transcendência do meio ambiente é possível, como observa Gomes, ela não se esgota na proteção do ser social, também pode ser estendida para a interação dos indivíduos frente a determinados objetos e entes⁴³.

Cabe ressaltar que bens jurídicos de titularidade supraindividual, como o meio ambiente, geralmente resultam de uma grande forma de abstração. Contudo, para que o bem jurídico não perca sua identidade, e com isso não perca seu potencial crítico, devido ao alto grau de abstração que pode ser atingido na sua definição, faz-se necessário o atendimento das exigências propostas por Roxin⁴⁴: (a) corporização, (b) transcendência e (c) analogia axiológico/teleológico-constitucional. Dessa feita, permitem-se ganhos nos âmbitos axiológico (*Wertaspekt*) e existencial (*Seinaspekt*)⁴⁵, delimitando e densificando a expressão do interesse tutelado.

No que se refere ao âmbito existencial do bem jurídico meio ambiente, pode-se dizer que, de um modo geral, a comunidade passou a relevar a questão ambiental nos últimos 40 anos. Quanto ao juízo positivo que reconhece a importância de preservação do meio ambiente, é desnecessária qualquer afirmação a seu respeito, sendo manifesto e comum o desejo que a comunidade possui em preservá-lo, haja vista sua indispensável relação com a vida de todos.

⁴⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 210.

⁴¹ HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoria del bien jurídico*. Barcelona: Marcial Pons S.A., 2007. p. 448.

⁴² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 46.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

⁴⁴ HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoria del bien jurídico*. Barcelona: Marcial Pons S.A., 2007. p. 443-458.

⁴⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 207.

Dessa feita, de um modo geral, quando se faz menção ao meio ambiente, pretende-se mencionar as bases fundamentais da vida humana; no entanto, buscar um conceito denso e operável de meio ambiente começa pela sua própria definição.

Deve-se ressaltar que a análise do meio ambiente pode ser considerada sob duas perspectivas: meio ambiente artificial *latu sensu*, isto é, o meio ambiente histórico e cultural; e meio ambiente natural⁴⁶. Neste trabalho, o objeto da pesquisa envolve-se como meio ambiente natural, sendo necessário ressaltar que, para não se tomar o meio ambiente um conceito demasiadamente amplo, parte-se da leitura de meio ambiente como definiu a AIDP no seu XV Congresso: “O termo ambiente engloba todos os componentes do planeta, bióticos e abióticos, e inclui o ar e todas as camadas da atmosfera, a água, a terra, incluindo o solo e os recursos minerais, a flora e a fauna e todas as interações ecológicas entre estes componentes”⁴⁷.

Infere-se, assim, o atendimento da exigência de corporização do bem jurídico, a partir do referido antes, o que possibilita grandes ganhos no âmbito existencial da categoria. Isto se dá pelo processo de sedimentação sofrido pelo valor, no qual o bem pode ser alcançado na forma do ilícito-típico. Dessa forma, ao encontro do que já foi esclarecido por Roxin, ao referir que os bens jurídicos nem sempre são objetos de natureza ideal; do contrário, não poderiam ser afetados, eles são entidades reais, porém podem não ter realidade material⁴⁸.

Da mesma forma que o aspecto existencial ganha com a exigência de corporização, o aspecto valorativo do bem jurídico ganha com o atendimento das exigências de transcendência e analogia axiológica/teleológico-constitucional⁴⁹.

O reconhecimento da transcendência do meio ambiente é possível. Como observa Gomes, ela não se esgota na proteção do ser social, também pode ser estendida para a interação dos indivíduos frente a determinados objetos e

⁴⁶ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 306.

⁴⁷ XV INTERNATIONAL CONGRESS OF PENAL LAW. XV. 1995. Rio de Janeiro. *Anais do International Review of Penal Law*. Toulouse: Editions Èrès, 1995. p. 75.

⁴⁸ HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoria del bien jurídico*. Barcelona: Marcial Pons S.A., 2007. p. 447.

⁴⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-contemporâneos II*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010. p. 209.

entes⁵⁰. A exigência de transcendência faz sedimentar sobre o bem jurídico uma razão humanista, possibilitando, assim, o desenvolvimento da personalidade dentro de uma sociedade e de um Estado Democrático de Direito⁵¹. Do contrário, se partíssemos para um reconhecimento imanente, estaríamos admitindo a supremacia do Estado, da religião sobre o comportamento social, vinculando ao sistema jurídico penal uma mera desobediência à norma⁵².

Ante o exposto, constata-se sem maiores dificuldades a transcendência do bem jurídico meio ambiente para o ordenamento jurídico. Dessa forma, faz-se necessário atender à exigência de analogia axiológica/teleológica-constitucional. A importância de reconhecer a analogia axiológica/teleológica-constitucional é encontrada na correspondência de sentido entre o tipo e a Constituição, precisamente no que diz respeito a sua tutela de fins⁵³.

Como bem observa Figueiredo Dias ao referir-se à condição que pressupõe a dignidade do bem para se tornar bem jurídico-penal, “com uma via para alcançar só se depara quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional”⁵⁴.

Dessa forma, para que se completem as exigências preestabelecidas, deve-se reconhecer o meio ambiente como um valor inserido na Constituição. Assim, no caso brasileiro, se analisarmos o art. 225 da Constituição Federal, veremos que o dispositivo faz a seguinte menção: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]”⁵⁵. Desse modo, dá-se o devido reconhecimento jurídico-constitucional do bem jurídico, tornando o meio ambiente equilibrado uma categoria apta e densa a ser trabalhada de um ponto de vista jurídico-penal.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

⁵¹ *Ibidem*, p. 110.

⁵² *Idem*, *ibidem*.

⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 46-47.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁵ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]” (BRASIL. Constituição Federativa da República do Brasil. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 4 mai. 2015)

Portanto, atendendo, assim, às três exigências supracitadas, o conceito de bem jurídico ganha um dimensionado aumento de operabilidade, bem como é aumentado o padrão crítico que exerce sobre a legislação vigente, refutando, assim, a excessiva porosidade de alguns interesses, assim como afasta o demasiado amplo aspecto, como constatado em outras “projeções” de bens jurídicos⁵⁶.

Os elementos que integram o meio ambiente pode-se dizer que são a água, o solo, o ar ou uma espécie protegida. O direito penal pode protegê-los; no entanto, é o equilíbrio entre todos esses fatores que constituem o verdadeiro bem jurídico⁵⁷.

Dessa forma, com o uso de uma perspectiva natural, deixa-se de lado todo o problema da perspectiva artificial como patrimônio cultural e artístico, evita-se um conceito de ambiente demasiadamente amplo. Feita a ressalva de que, assim como Aguado⁵⁸, Prado e Sporleder de Souza alertam, é que não se deve cair em uma profunda confusão, ao ponto de confundir o bem jurídico, isto é, o objeto ideal com o objeto material do crime⁵⁹. O bem jurídico não se confunde com o objeto da ação. Nessa linha, pode-se dizer que o objeto da ação é a realidade empírica a que se refere a conduta típica, podendo ser animada ou inanimada⁶⁰, “objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal”⁶¹.

Cabe ressaltar que bens jurídicos de titularidade supraindividual, como o meio ambiente, geralmente resultam de uma grande forma de abstração, representando, assim, um afastamento do mundo fenomênico⁶², o que, por sua

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 127.

⁵⁷ AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 66.

⁵⁸ Idem, ibidem.

⁵⁹ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 308.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

⁶¹ Idem, ibidem.

⁶² D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010. p. 208.

vez, resulta em um problema, isto é, torna-os incapazes de serem suscetíveis de ofensa.

Assim sendo, nada obsta a visualização de corporização do meio ambiente. É evidente que este se corporifica nas condições naturais essenciais para a manutenção da vida humana, isto é, o meio ambiente, por meio da água, do ar, do solo, das plantas, dos animais, torna-se suscetível de ofensa, projetando-se para fragmentos de realidade⁶³.

No entanto, se encarada a partir desta face, constata-se que qualquer alteração no plano físico pode ser relevada como uma ofensa ao meio ambiente. Portanto, a definição condizente para a matéria circunda o adjetivo a ser empregado. Nessa dimensão, se pensada a partir da alta complexidade dos ecossistemas, qualquer alteração no plano físico seria uma lesão ao bem jurídico meio ambiente, toda conduta interferiria na vida de um organismo, por isso, quer-se deixar claro que não se pode partir por esse caminho, pois ocasionaria uma proteção incessante e, dessa forma, desmedida.

Dessa feita, analisada na perspectiva constitucional, pode-se dizer que a alusão ao meio ambiente na Constituição Federal de 1988 deve ser entendida em sua acepção ampla, o que não quer dizer totalizador ou globalista, de modo que os recursos naturais existentes na biosfera (ar, água, solo, fauna e flora), a relação do homem com esses elementos, estejam englobados, visando permitir-lhe condições de vida satisfatória (conceito ontológico ou natural de ambiente)⁶⁴.

No que se refere à titularidade, no bem jurídico meio ambiente, quando adotamos o posicionamento em uma teoria dualista, admitimos a existência de bens jurídico-penais supraindividuais autônomos⁶⁵. Simultaneamente, afirmamos sua titularidade em relação a qual a doutrina diverge: *teoria ecocêntrica*, que vê o meio ambiente como um fim em si mesmo, afirma que a natureza tem valores próprios, por isso dignos de tutela penal, e, portanto, o meio ambiente é titular exclusivo de determinados bens jurídicos (limpeza ou saúde da água, ar, solo, a vida dos animais, etc.); *teoria antropocêntrica*, que não

⁶³ D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010. p. 208.

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 77.

⁶⁵ SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 309.

considera o meio ambiente um fim em si mesmo, entende que a proteção dos bens jurídicos é ligada estritamente ao homem, e, sendo assim, o sujeito passivo é apenas o indivíduo⁶⁶; *teoria antropocêntrica-ecocêntrica*, que reconhece que há bens jurídicos ambientais autônomos, mas que devem ter como referência o ser humano, partindo de uma ideia de responsabilidade relacional com as gerações futuras⁶⁷.

Diante disso, acredita-se que o caminho acertado é o da teoria antropocêntrica-ecocêntrica, pois “[...] todos os bens jurídicos supra-individuais [...] são tutelados por si mesmos, mas, todavia, não deixam de ter em último caso uma ‘relação constitutiva com o ser humano’”⁶⁸. Portanto, pode-se dizer que a relação do bem jurídico meio ambiente equilibrado tem uma matriz eco-antropocêntrica⁶⁹.

Procedido de tal forma, constata-se que, na primeira das premissas propostas, Kuhlen, ao voltar a sua construção para corrente eco-antropocêntrica, age com razão, o que leva a dizer que, quanto a ela, os crimes de acumulação encontram fundamento legítimo.

Uma vez realizadas as definições pertinentes à matéria que circunda o “o que proteger”, resta esclarecer a parte que cerca o “como proteger”.

Sob essa ótica, quando se delega ao direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos, é que se obtém o fundamento do legalmente proibido. O juízo de tipicidade incorpora, para sua configuração, a necessidade de uma ofensa a um bem normativamente tutelado. Quando comparado ao modelo finalista da ação de Welzel⁷⁰, é evidente que não se reconhece uma autonomia ao desvalor da ação ao ponto de se reconhecer o ilícito penal somente pelo caráter da ação. Busca-se uma convivência profícua entre desvalor da ação e desvalor do resultado, o que não se quer é reconhecer qualquer exclusividade ao desvalor da ação, pois é no resultado ao bem produzido que se encontra o caráter ilícito da conduta. Sendo assim, só é possível a compreensão do ilícito em toda sua complexidade pela convivência profícua de ambas⁷¹.

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 309 e ss.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 313 e ss.

⁶⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118-119.

⁷¹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 43.

Conclui-se, assim, que o desvalor do resultado é chamado para a posição de pedra angular do ilícito-típico, não havendo crime legítimo sem ofensa ao bem jurídico. Dessa forma, “a ofensa exigida pelo ilícito-típico é assumidamente o desvalor expresso pela ofensa ao bem normativamente tutelado e, portanto, nos estritos limites do tipo penal”⁷².

O perigo encontra-se como categoria legítima frente ao direito penal, não por uma matriz prevencionista, mas por possuir um valor próprio de significação, o que fica observado a partir da constatação de que o desvalor do resultado não se encontra deslocado para um ponto futuro, mas restringe-se à situação atual, já em si dotada de desvalor⁷³.

Parte da doutrina brasileira entende que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, pois dele se presume uma absoluta situação de perigo, isto é, uma presunção *juris et de jure*⁷⁴. Cabe ressaltar que a teoria de base adotada permite uma reestruturação do abstrato pôr-em-perigo. A adoção de tais critérios fornece uma técnica de tutela legítima frente à ofensividade, permitindo a proteção do bem jurídico pelo perigo abstrato, em total consonância com os limites constitucionais. Da mesma forma, a estruturação desse modo possibilita que se trace com precisão o limite da projeção máxima da ofensividade.

Ao conceber o perigo como situação legítima, está-se por fundamentá-lo na quebra da relação de cuidado-de-perigo. Entende-se que conceber o perigo como situação neutra, cujo desvalor estaria simplesmente em um resultado hipotético, é o mesmo que renunciar a toda a construção feita sobre a ofensividade⁷⁵. Nesses crimes, “o desvalor do resultado não se encontra deslocado para um ponto futuro, consiste em um provável dano/violação cuja elaboração de norma de perigo intencionaria evitar, mas em uma situação atual, já em si mesma dotada de desvalor [...]”⁷⁶.

Nos ensinamentos de Faria Costa⁷⁷, pode-se observar que a tipologia de ofensa classifica-se em “dano/violação”, “concreto pôr-em-perigo” e “cuidado-de-perigo”. Portanto, “uma leitura da ofensividade a partir da relação onto-

⁷² Idem, *ibidem*.

⁷³ *Ibidem*, p. 97.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.

⁷⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 100.

⁷⁶ *Ibidem*, 96.

⁷⁷ COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 642.

antropológica de cuidado-de perigo permite-nos apreender as categorias de ofensa como elementos normativos detentores de um autônomo desvalor de resultado⁷⁸; contudo, desde que observados alguns elementos.

Dessa feita, constata-se que, quando transposto ao plano normativo, o conceito do perigo é concebido por um “estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com o bem jurídico-penalmente protegido⁷⁹. Pode-se dizer que o conceito normativo de perigo advém da constatação de dois elementos: a probabilidade de um acontecer e o seu caráter danoso⁸⁰.

Dos elementos configuradores do perigo, a probabilidade de um acontecer contrapõe-se à efetividade, visto que aquela constitui um juízo apriorístico, pois remete ao um processo causal em andamento, rumo ao futuro⁸¹. Note-se que esse juízo efetiva-se com a probabilidade, e não com a possibilidade.

No que tange ao seu caráter danoso, deve-se ter claro que não pode ser qualquer situação de perigo a ser relevada pelo direito penal, pois, dessa forma, tudo se transformaria em perigo. Portanto, uma leitura adequada de caráter danoso pode ser observada por um critério negativo de não insignificância⁸².

O perigo abstrato é construído pela normal perigosidade do fato, sem que se tenha menção do elemento motivador na descrição típica, configurando, portanto, uma não exigência de um bem jurídico no raio de ação do perigo⁸³.

Procedendo-se dessa forma, é capaz de se quebrar a absoluta presunção de perigo, na qual se faz a intolerável margem de injustiça, pois se penaliza de igual forma um fato efetivamente perigoso e outro fato desprovido de qualquer perigo⁸⁴.

Infere-se, assim, que, nos crimes de perigo abstrato e, conseqüentemente, para a ofensividade, o limite de verificação está em “um critério misto, objetivo-

⁷⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 160.

⁷⁹ COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 583.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 584.

⁸¹ ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. *Crimes de perigo concreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 68.

⁸² *Ibidem*, p. 73.

⁸³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 108.

⁸⁴ *Ibidem*, 103.

normativo, expresso na ideia de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total [...]”⁸⁵. Assim, o estrito limite da ofensividade encontra-se na possibilidade não insignificante do dano, própria dos crimes de perigo abstrato.

Dessa forma, agora que se possui o suporte teórico que limita a ofensividade, deve-se proceder à análise da (i) legitimidade dos crimes de acumulação frente ao princípio da ofensividade. Nesse segundo momento, ao contrário do que se constatou no primeiro, os crimes de acumulação não se legitimam, uma vez que está presente a impossibilidade do dano.

Primeiramente, como já esclarecido, os crimes de acumulação inserir-se-iam próximos aos crimes de perigo abstrato, considerados como ofensivos na hipótese da sua repetição. Como elabora Kuhlen, o ponto de apoio dos crimes de acumulação não está em uma perigosidade geral, mas sim na acumulatividade. Justamente por não terem uma proibição sancionatória, elas seriam realizadas em grande número⁸⁶.

Dessa feita, em atenção à fundamentação apresentada, se aceitarmos como legítima a contribuição de Kuhlen, isto é, “em que o conteúdo de significação jurídico-penal do fato transcende a própria conduta típica individualmente considera”⁸⁷, estar-se-á renunciando ao princípio da ofensividade, uma vez que este não contempla como legítima a noção de ofensividade transcendente à particular relação da conduta prevista pelo tipo e bem jurídico tutelado pela norma⁸⁸.

A não observância do critério da ofensividade acaba por muitas vezes trazer uma administrativação do direito penal, isto é, a proteção de funções amplas, de bens jurídicos poucos delimitados, sem ter por completo o elo entre tipo de ilícito e bem jurídico⁸⁹.

⁸⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 113.

⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁸ Idem, *ibidem*.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCrim, 2008. 274 p. ISBN 978-85-99216-10-1 (Monografias, 47). p. 199.

CONCLUSÃO

Diante da problemática apresentada e em consonância com as ideias lançadas no presente trabalho, torna-se possível afirmar que os crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental, não se legitimam frente ao princípio da ofensividade.

A análise em face do princípio da ofensividade em dois níveis leva à conclusão de que, em um primeiro momento – no “o que tutelar” –, a proposta dos crimes de acumulação, assim como idealizada por Kuhlen, mostra-se legítima.

Atendidas as categorias de corporização, transcendência e analogia axiológico/teleológico-constitucional, o bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado preenche os requisitos elencados para a dignidade da tutela penal. Oportuno salientar que a lógica da proteção está no equilíbrio ecológico ditado pelo bem, mostrando-se necessária uma técnica de tutela penal adequada, o que deve ocorrer pelas técnicas de perigo.

A importância de tal afirmação ganha sentido quando analisado a partir do objeto material sobre o qual é incorporado o bem jurídico em questão. Se assim não o fosse, ter-se-ia o risco de se utilizar a técnica de tutela inadequada para a tutela do bem.

É nesse sentido que entra a importância da verificação do princípio da ofensividade em dois níveis de tutela: a correspondência entre bem jurídico tutelado e a técnica de tutela utilizada.

Por meio dessa questão, no segundo momento – como tutelar –, a proposta acaba indo além do limite da ofensividade. A ofensa a um bem jurídico pode ser representada por um crime de lesão, concreto pôr-em-perigo ou abstrato pôr-em-perigo. O elemento para a limitação do espaço digno da ofensividade como sendo os crimes de perigo abstrato é extrapolado na técnica analisada, os crimes de acumulação têm o seu desvalor deslocado em um ponto que está além da conduta do indivíduo, o que, por sua vez, viola o princípio da ofensividade.

Pelo exposto, espera-se que o trabalho traga contributos à dogmática penal, especificamente na análise do direito penal ambiental. Pelo caminho percorrido, pretendeu-se traçar dois pontos fundamentais, o estabelecimento da matéria tutelada, pela noção de bem jurídico, expondo que não é qualquer ação que possa trazer uma ofensa ao bem jurídico meio ambiente equilibrado

ecologicamente. E, de outra forma, pela proposta de acertamento da noção ofensividade se constrói o limite da técnica de imputação penal.

REFERÊNCIAS

- AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. *Crimes de Perigo Concreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- _____; GIDDENS, Anthony; LASCH, Scott. *Modernização reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Unesp, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- _____. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011.
- _____. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. 59. Monografia Direito. Porto Alegre: PUCRS, 2009.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- _____. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais jurídicos-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCrim, 2008. 274 p. ISBN 978-85-99216-10-1 (Monografias, 47).

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Barcelona: Marcial Pons S.A., 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005. 236 p. (Monografias, 34).

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

———. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luíz Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La Expansión del derecho penal*. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA DIAS, Augusto. What if everybody did it? *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Lisboa, 2003.

SPORLEDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

XV INTERNATIONAL CONGRESS OF PENAL LAW. XV. 1995. Rio de Janeiro. *Anais do International Review of Penal Law*. Toulouse: Editions Érès, 1995.

Submissão em: 08.05.2019

Avaliado em: 18.08.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 19.08.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 07.10.2020

MUITO ALÉM DO TEXTO: COMPREENSÃO CÊNICA E ORALIDADE NO PROCESSO PENAL ADVERSARIAL

BEYOND THE TEXT: SCENICAL COMPREHENSION AND ORALITY IN THE ADVERSARIAL CRIMINAL PROCEDURE

Eduardo Rocha Dias¹

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

Antonio Carlos Klein²

Doutorando em Direito (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

ÁREA(S): Hermenêutica jurídica; direito constitucional; processo penal.

RESUMO: A hermenêutica jurídica é eminentemente textual e a decisão judicial é enormemente afetada por essa situação, fazendo, por vezes, com que o juiz recaia em uma escolha viciada por padrões de decisão, nublados pela heurística e que afastam um contraditório vivo e efetivo. O aperfeiçoamento do processo penal demanda a transcendência do universo

artificial da razão pura. A aceitação dos sentimentos e da compreensão cênica na equação forense, mormente na condução dos atores jurídicos durante o ato da audiência, propicia um sistema processual penal verdadeiramente adversarial, em que o princípio da oralidade impera. Este trabalho pretende pontuar alguns fatores que condicionam o desfecho de uma ação, as conexões metaprocessuais que rompem a blindagem erguida pelo sistema jurídico contra o medo infundado das

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Procurador Federal. *E-mail:* eduardorochadias@unifor.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>>.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Professor da Universidade de Fortaleza, Juiz de Direito. *E-mail:* acklein@hotmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9800112442800522>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-8151-3040>>.

“nefandas” influências políticas, psicológicas e sociais no plano do Direito, levando a uma devida aplicação da norma. A metodologia utilizada foi a investigação do tipo documental-bibliográfica a partir da leitura e análise de obras como as de Sófocles, Sergio Buarque de Holanda e Montesquieu, dentre outros, com pesquisa pura de abordagem qualitativa, descritiva e exploratória quanto aos objetivos. O estado da arte está na obra de Hassemer. Conclui-se que muitas das deficiências apresentadas na prática forense penal podem ser combatidas desde a formação acadêmica, devendo ser reforçado o estudo de disciplinas como Psicologia Forense, Sociologia Jurídica, Antropologia Jurídica e Filosofia da Linguagem.

ABSTRACT: *The legal hermeneutics is basically build on texts and the judicial decision is largely affected by this situation, making, sometimes, the judge to fall into a choice already biased by patterns of decision, under the cloud of heuristic and that move away a living and effective contradiction. The development of criminal procedure demands the transcendence of the artificial universe of pure reason. The acceptance of feelings and scenic comprehension in the court equation, mostly in the conduction of the juridical actors during the hearing procedure, allows a truly adversarial criminal system, where the principle of orality reigns. This work intends to point out some factors that inflect the outcome of an action, the meta-procedural connections that break the shield built by the legal system against the unfounded fear of the “nefarious” political, psychological and social influences in the field of Law, leading due application of the law norm. The methodology used was the investigation of the documentary-bibliographic type from the reading and analysis made in works such as those of Sófocles, Sergio Buarque de Holanda and Montesquieu, among others, with pure research of qualitative, descriptive and exploratory approach as to the objectives, presenting as state of the art Winfried Hassemer. The state of the art is in the work of Hassemer. It is concluded that many of the deficiencies presented in criminal forensic practice can be combated since academic training, and the study of disciplines such as Forensic Psychology, Legal Sociology, Legal Anthropology and Philosophy of language should be reinforced.*

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal; sistema adversarial; compreensão cênica; princípios da oralidade e do contraditório.

KEYWORDS: *Criminal procedure; adversarial system; scenical comprehension; orality and contradiction principles.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A falsa inimiga da razão; 2 O Sistema da cordialidade: a tradição autoritária no processo penal brasileiro; 3 Compreensão cênica e oralidade; 4 O princípio da oralidade, estruturante de um processo penal adversarial, e o princípio da devida coleta da prova oral, integrante do feixe do devido processo legal; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The untrue enemy of reason; 2 The System of cordial relations: an authoritarian tradition in the Brazilian criminal procedure; 3 Scenical comprehension and orality; 4 The principle of orality, structuring principle of an adversarial criminal procedure, and the principle of the due form of oral proof collection, part of the due process of law; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Júlio César, testemunha em um processo contra Públio Clódio, acusado justamente de ser amante da mulher de César, Pompeia (crime de sacrilégio na sociedade romana de então), respondeu aos juízes nada saber quanto à veracidade de tal acusação. Indagado por qual razão, então, repudiara a esposa, disse que os seus deveriam estar isentos não só do crime, mas, também, da suspeita³.

Se à mulher de César não bastava ser honesta, é igualmente curial não recair sobre um Magistrado a desconfiança quanto à sua conduta e quando, fortuitamente, mantiver o menor grau de conhecimento com partes ou representantes em um processo sob sua égide, policiar seus passos com redobrada atenção caso não haja, logicamente, a previsão expressa para se afastar da condução do feito, a depender de tal proximidade. Todo zelo aqui é justificável. Se a decisão judicial evoluir de uma inocente e inócua familiaridade para um ambiente onde o tráfico de influência pode se impor, é grave o risco de restar maculado o feito, ainda que não se opere uma venalidade expressa ou qualquer outra forma consciente de corrupção. Neste contexto, o próprio sistema utilizado para chegar a uma decisão, se viciado, conduz o julgador a falhas de cognição. A sentença resta promiscuída, degenerada, quando brota de um proceder inconsciente, reflexivo, intuitivo, heurístico.

As relações no ambiente forense são fundamentais e, quando não cingidas a um convívio institucional, imbuído nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, quando o convívio entre os atores jurídicos decai dos limites do respeito e da franqueza para outros patamares, abre-se margem às mais pertinentes críticas.

Ressalte-se que proibir ou mesmo restringir, em quaisquer hipóteses, as relações existentes entre juízes, promotores, defensores e advogados, mormente quando mantidas em níveis salutares, é impraticável. Na imensa maioria dos

³ SUETÔNIO. *A vida dos doze Césares*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

casos, tais conhecimentos não afetam o resultado do processo. O que não se pode aceitar é a transposição da fronteira que separa o público do privado. O Magistrado deve prontamente se declarar suspeito ou impedido ante uma vedação legal para atuar em processos nos quais suas relações particulares têm altíssimo potencial de nocividade aos direitos, liberdades e garantias envolvidos no caso concreto. Não raro, porém, um proceder maligno se esconde em nuances quase imperceptíveis até mesmo para quem as pratica, que, já habituados à sua presença, as tomam por naturais, desatentos que estão a seus efeitos devastadores.

O resultado de uma causa sujeita-se a toda ordem de influências. Uma decisão judicial formal, assim como uma Constituição escrita, não passa de um pedaço de papel, *ein Stück papier*, encharcado de tinta. Os signos ali impregnados emanam de fontes materiais e imateriais às quais recorreu o julgador no curso de sua elaboração. Assim como ocorre com os demais textos, jurídicos e não jurídicos, a redação final de uma decisão judicial deriva, queira ou não o positivismo jurídico, de uma gama de fatores internos e externos.

O presente trabalho pretende pontuar alguns fatores que condicionam o desfecho de uma ação, as conexões metaprocessuais que rompem a blindagem erguida pelo sistema jurídico contra o medo infundado das “nefandas” influências políticas, psicológicas e sociais no plano do Direito, levando, com isso, a uma devida aplicação da norma.

A investigação utilizada é documental-bibliográfica, efetuada através da leitura e análise feita a partir de livros e artigos em periódicos que abordam direta ou indiretamente o problema da compreensão cênica e do princípio da oralidade no sistema processual penal adversarial (tradução literal do equivalente em inglês e, para os fins deste trabalho, é considerado o termo mais adequado por não favorecer, como faz o termo *acusatório*, mais em voga, a ideia de que a acusação, uma das partes do processo penal, tenha qualquer prevalência em tal sistema). Pesquisa pura que tem como objetivo a ampliação dos conhecimentos na área em foco. Qualitativa ante a apreciação do tema e de seus reflexos no ordenamento jurídico. Descritiva ao pretender explicar o problema apresentado à luz da hermenêutica constitucional. E exploratória, ao buscar o aprimoramento das ideias desenvolvidas sobre o assunto.

Para o melhor desenvolvimento deste trabalho, parte-se de uma análise do peso do fator emocional na equação da decisão judicial. Em seguida,

procura-se entender um pouco mais aprofundadamente a cultura jurídica brasileira, contaminada tanto pelo sistema da cordialidade, em relações privadas inapropriadas na seara pública, quanto por um excessivo formalismo, desconsiderando o valor da oralidade e cujos reflexos geraram distorções que ainda hoje afetam o processo penal. Por fim, demonstra-se o papel da compreensão cênica e do princípio da oralidade para a efetividade do processo penal.

1 A FALSA INIMIGA DA RAZÃO

O pensamento jurídico dos últimos dois séculos ergueu diversas teorias. Na tentativa de encontrar uma ciência jurídica pura, com o monopólio da razão, tentou-se extirpar todos os elementos que escapassem ao discurso racional. A gravidade desse equívoco contribuiu para petrificar, sob diversos aspectos, o estudo do fenômeno jurídico com o emprego de métodos devotados a alijar dos textos jurídicos, objeto central do conhecimento científico, qualquer traço capaz de nublar sua evolução rumo a uma crescente objetividade.

O triunfo de um narcisismo da razão no Direito sustenta que as emoções desviam o homem da reta razão. Banir a dimensão sensorial do humano criou um universo paralelo ao real, um modelo obediente a uma lógica própria, só sua, mantendo, contudo, a pretensão de ser um instrumento de medida imparcial para regular os conflitos de interesses. O juiz foi reduzido a uma mera boca da lei: suas decisões nada fazem além de imprimir essa “vontade” inumana sem qualquer interferência subjetiva neste procedimento. Esta imagem distópica de escravidão ao texto normativo levou inúmeros juízes sérios a tentarem, sem êxito, alcançar a forma translúcida proposta. Por respirarem e por correr sangue em suas veias e artérias, nunca puderam se tornar peças de uma engenhoca jurídica como proposto em diversas teorias que almejavam o triunfo de fórmulas matemáticas em uma ciência do dever ser.

Sentença vem de *sententia* (*sentire*, sentir). A raiz etimológica já denota a relevância do sentimento na esfera de uma decisão judicial. Nem os defensores da primazia (quando não, exclusividade) da norma enquanto objeto da ciência jurídica, como Kelsen, ousaram negar que a decisão judicial transcende o ato de cognição e se afirma, sobretudo, enquanto ato de vontade. Sendo um trabalho intelectual, produto da mente humana, é fácil entender a identificação da decisão judicial como ato puramente racional. No entanto, há de se ter sempre em mente que

[...] os aspectos cognitivo e volitivo da decisão exigem que o ato de julgar e o produto do julgamento sejam dotados não apenas de coerência interna (estrutural), mas igual e principalmente de coerência externa (conexão com os fatos, as provas e o direito), o que demandaria do julgador pleno contato com a realidade.⁴

Na tomada de toda e qualquer decisão, incluindo as de natureza judicial, para além da razão se fazem presentes a percepção, a emoção e o desejo. Sófocles retratou o dilema entre a razão e o sentimento com tamanha grandeza que, muitos séculos depois, ao atacar os limites de um legalismo cego, o jusnaturalismo recorre a textos clássicos, como *Antígona*, para pontificar seus argumentos. No antagonismo entre Antígona e Creonte, o ápice ocorre quando a filha de Édipo, convocada para dar explicações a seu tio e tirano de Tebas, quanto ao motivo pelo qual desafiara a proibição, sob pena de morte, de sepultar o cadáver de Polinices, assim justificou sua conduta:

[...] não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor [...] a obrigação de transgredir normas [...] não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram.⁵

Sobre o tema, é lapidar a conclusão de Jebb em seu ensaio sobre o gênio de Sófocles:

[...] *the issue is not a simple conflict between state-law and religious duty. It is a conflict between state-law too harshly enforced and natural affection set above the laws. Creon is right in the letter and wrong in the spirit; Antigone is right in the spirit and wrong in the letter.*⁶

⁴ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 661-687, ago. 2018, p. 666.

⁵ SÓFOCLES. *A trilogia tebana*: Édipo Rei; Édipo em Colono; Antígona. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 219.

⁶ JEBB, Richard Claverhouse. *Essays and addresses*. Cambridge: The University Press, 1907. p. 31-32.

Assim sendo, erram Creonte e Antígona. Aquele por ser rigoroso demais quanto à letra da lei e em nada atentar quanto a seu espírito; a princesa tebana, pelo exato oposto. Os influxos do amor fraternal em excesso são tão danosos quanto o ódio impregnado na norma ditada por Creonte. A decisão puramente racional, sem quaisquer sentimentos ou interesses tanto na redação quanto na interpretação, não existe. Sob uma lente que difere da razão pura, sobressaem nervuras ignoradas nas análises jurídicas tradicionais. Amor e ódio moldam tanto as ações de Antígona quanto as de Creonte. Antígona adota o que modernamente poderia ser designado como uma visão garantista porque, em sua própria justificativa, nasceu “para compartilhar amor, não ódio”⁷. Creonte, por seu turno, aferra-se ao que atualmente é designado de punitivismo. Assim repensadas, as duas posturas demonstram ser mais que puramente racionais, como, em verdade, o são todas as decisões humanas.

Os avanços da Neurociência, da Psicologia Forense e de outros ramos do conhecimento com os quais a ciência jurídica interage cada vez mais rasgam o véu de uma das mais ardilosas invenções do racionalismo jurídico, um conceito estreito e inaplicável, que vem a ser o da neutralidade do juiz. Persiste, sim, noção distinta de imparcialidade enquanto postura a ser mantida pelo Magistrado e compreendida como o posicionamento equidistante do juiz em relação às partes. Ao descer do pedestal mítico onde a enfiaram e a confundiram como sinônimo de neutralidade, a imparcialidade volta a assumir seu devido lugar: longe de ser uma permissividade abusiva, mas igualmente distante de constituir uma postura mecânica de neutralidade inumana por parte do Magistrado.

Como bem destaca Charles Gardner Geyh⁸, a ausência completa de pré-conceitos não é realista. O que se pode exigir do Magistrado é que seja suficientemente imparcial. E, para esse fim, o autor analisa três dimensões da imparcialidade: a imparcialidade sob a perspectiva procedimental, que assegura às partes o devido processo legal e um julgamento justo; a imparcialidade na dimensão política, que assegura à sociedade confiança no Judiciário; e a imparcialidade na dimensão ética, em que ela transparece como um *standard* de boa conduta, inerente à própria definição de juiz.

⁷ SÓFOCLES. Op. cit., 2001. p. 223.

⁸ GEYH, Charles Gardner. The dimensions of judicial impartiality. *Florida Law Review*, Vol. 65, n. 2, p. 493-551, March 2014, p. 493.

Nos demais atores jurídicos, é possível reconhecer sentimentos ainda mais intensos e impossíveis de serem cerceados: a ira de um acusado, o rancor de uma vítima ou o medo de uma testemunha. A emoção aqui não pode ser tolhida compulsoriamente. Não compete ao julgador suprimir sentimentos humanos no decorrer dos atos processuais, mas, sim, impedir que a exacerbação de tais sentimentos interfira na apuração dos fatos e na tomada da decisão.

Um culto à racionalidade, em termos absolutos, chega a ser, paradoxalmente, irracional. As próprias normas processuais penais, instrumentais do processo e imbuídas de características eminentemente técnicas, não deixam de carregar, em seu escopo, a aplicação de valores e não de mera lógica na solução de conflitos ligados. O Código de Processo Penal enfatiza, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos artigos seus, como o art. 201, §§ 5º e 6º, e o art. 217, que tratam, respectivamente, do atendimento multidisciplinar do ofendido, da preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, e, enfim, da retirada do réu da sala de audiências quando verificar que sua presença poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento ao depoente.

Enfim, o direito foi erigido por causa do homem, ser racional e emotivo. A natureza humana do juiz permeia sua decisão. Não se pode, portanto, jamais se esquecer de que, ao campo da manipulação consciente da decisão judicial, responsável pela expressão linguística racional, deve-se somar, e não substituir, o campo da influência inconsciente. O homem que julga outros homens não se livra de seu inconsciente: seu passado, seus valores e suas referências não de influir em suas decisões. A observação dos fatos e das provas é feita sob sua lupa única, diferida de qualquer outra, podendo ser mais rigorosa ou branda, nunca, porém, neutra. O que importa, contudo, é que, na interpretação das normas como formas e meios para um fim, além de conjunto de garantias, deva o bom juiz abrir-se para a realidade, sem preconceitos sobre qualquer contexto.

2 O SISTEMA DA CORDIALIDADE: A TRADIÇÃO AUTORITÁRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Transitando da zona intrapessoal, restrita à mente de cada indivíduo, para a seara das relações interpessoais, é espantoso verificar o quão corriqueiros, banais e potencialmente perniciosos se demonstram certos padrões de comportamento aceitos no espaço público brasileiro. Muitas das práticas tidas por normais e inofensivas que polvilham a realidade brasileira são consideradas, em diversos

países civilizados, intoleráveis e ensejariam nulidades ou severos procedimentos nas esferas administrativa e criminal. Tratar um réu como um acusado, e não como um condenado bem antes da sentença, é um dever, e não um favor do Magistrado. Tratar testemunhas como colaboradores da justiça com a máxima cortesia, idem. Evitar o rótulo de “amigo do promotor” ou de “queridinho do defensor”, em respeito, dentre outros, ao princípio da paridade de armas. E, principalmente, efetivar todas essas práticas em vez de apenas propalar um discurso que não coincide com a postura adotada.

Há uma grande ironia nos aplausos dedicados a rigores estrangeiros e no clamor por sua aplicação em solo pátrio. Derivam, em grande parte, de uma mentalidade de palmatória da humanidade, de algoz dos vícios alheios nos autointitulados cidadãos de bem. Em simultâneo, estes mesmos indivíduos costumam exigir a permanência de tudo que lhe seja pessoalmente vantajoso. Mudar, na visão do censor implacável, implica enquadrar os outros e manter sua lassidez. Se o entusiasta das punições exemplares detiver algo que, aos olhos dos demais, pareça privilégio, assim ocorre por incompreensão daquilo que, em verdade, constitui um seu direito inalienável e inalterável. Aos outros, o sacrifício. E nisso reside tudo: a crítica ao cisco no olho do próximo ignora a trave que cega o moralista de plantão que empresta seu apoio a medidas simplórias, estagnantes ou, até, destrutivas.

O Brasil guarda uma enorme tradição autoritária. No processo penal, essa tradição se mantém fortemente impregnada e deságua naquilo que se designa por mentalidade punitivista, defensora de um Estado hammurabiano, em que a vingança substitui a justiça, com a aplicação de disciplinas a meros acusados e, sobretudo, a condenados que, se praticadas por quem não fosse agente do Estado, seriam acertadamente consideradas cruéis e desumanas. Quer-se, enfim, que o Estado retorne à barbárie para combater a barbárie.

Grande parte dos vícios comportamentais presentes nas ações processuais penais é consequência da invasão virulenta e constante do espaço público pelo privado, obstruindo uma ordenação impessoal, necessária à implementação de um estado racional ou burocrático, no sentido weberiano do termo. *Le loi c'est moi* é o que pensam e praticam muitos juízes e promotores. Em vez de seguirem a lei, são, a seu próprio ver, a lei a ser seguida. Interpretam e distorcem o ordenamento jurídico segundo seus valores. Ações conduzidas por juízes que preferiam usar uma capa e um emblema no peito a uma toga séria resultam em simulacros de processo penal.

Tais vícios remontam ao período embrionário do País. Desde a época colonial, formadora e sedimentadora da trágica cultura da cordialidade brasileira, tão bem descrita por Sérgio Buarque de Holanda e tão tristemente entranhada na medula do sistema, a estrutura política e administrativa foi comprometida. A famigerada cultura da cordialidade sempre funcionou como freio às pretensões de uma sociedade com democracia plena e cidadania forte, mesmo nos picos de esplendor republicano.

Uma visão puramente normativa, pautada exclusivamente na leitura dos textos jurídicos, não é capaz de perceber e, muito menos, de dar combate à presença por vezes sutil e, outras tantas, esmagadora, das relações que se utilizam do modelo da vida doméstica como bizarro paradigma para toda e qualquer composição social.

Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente estes princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias e permitindo tratar com familiaridade os governantes. A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. A aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.⁹

Assim, persistem, lamentavelmente, práticas abjetas vistas, porém, como normais. Além das já anteriormente mencionadas, ressaltam-se, ainda, outros exemplos, como a troca de mensagens entre juízes e partes (quer promotores, quer advogados) sobre atos do processo a serem ainda realizados ou a insinuação de advogados que enfatizam algum parentesco importante no aguardo de que isto produza alguma deferência especial. Estas e outras muitas acentuam o

⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 160.

quanto as relações que deveriam ser institucionais, ao se tornarem promíscuas, favorecem a permanência de desigualdades e privilégios e desconsidera a real dignidade de todos. Os pobres seguem desprezados e marginalizados. Os inimigos tratados com *lawfare*. Os ricos eternamente protegidos por uma gama infindável de garantias que deveriam, em verdade, ou serem extensivas a todos ou, em caso de notoriamente procrastinatórias, dadas a ninguém. Todos esses fatores alimentam e preservam o fosso largo e profundo que separa muitos processos reais do processo ideal.

Enfim, o modelo patrimonialista confiou ao País um imenso legado de atrasos espraiado em sua cultura jurídica e com graves reflexos para o processo penal e a oralidade. Há práticas forenses ainda severamente contaminadas por relações inapropriadas no âmbito público. A estas deve ser somado o fascínio, verdadeira obsessão, pelo formalismo: uma espécie de fetichismo do carimbo.

3 COMPREENSÃO CÊNICA E ORALIDADE

As formalidades da justiça enfrentadas por um cidadão para a devolução de seus bens parecem demasiadas, já as atinentes à sua liberdade e à sua segurança parecem poucas¹⁰. O Estado, na seara processual penal, não se satisfaz com a mera realidade formal dos fatos trazida aos autos pelas partes, como se dá na esfera processual civil. Antes, o Estado se obriga à elucidação dos crimes, tentando levantar a verdade dos fatos no processo penal.

Entretanto, o formalismo e a procrastinação corrompem as melhores intenções. Sendo a hermenêutica jurídica, ainda em grande escala, uma teoria dos textos¹¹, a predominância da escrita sobre a oralidade implica uma ausência de diálogo e conduz a uma falsa sensação no julgador de ser o único ser pensante no feito, interagindo com algo inanimado, uma pilha de papel amarelado ou um frio arquivo virtual. Esquecer as pessoas e as angústias que os autos encerram pode resultar em uma sentença asséptica, derivada de uma escolha solipsista, viciada, condicionada por padrões de decisão heurísticos e afastada de um contraditório vivo, ante uma simplificação ilusória da realidade¹².

¹⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

¹¹ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

¹² ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

A compreensão hermenêutica comum vem a ser superada por uma compreensão cênica, que trata de interpretar os sintomas e, ao mesmo tempo, explicar sua origem em uma cena conflitual originária. “A hermenêutica profunda, ou compreensão cênica, quer esclarecer uma incompreensibilidade que não ocorre entre linguagens, mas surge com a linguagem mesma”¹³.

O reducionismo de uma compreensão textual no plano do processo penal encontrou em Winfried Hassemer seu maior oponente. Preocupado em transpor a palavra pronunciada, prenha de recordações concretas, incólume em seu teor (o quanto possível) dentro do cenário processual, Hassemer cuidou de se enfronhar nos estudos psicanalíticos de Alfred Lorenzer, criador da noção de compreensão cênica como sendo um meio termo entre a compreensão da fala (lógica) e a do falante (psicológica). A realidade provida de sentido, segundo Lorenzer, emergiria no colóquio médico-paciente através da exteriorização de vivências em um ordenamento cênico interativo no qual o sentido correto das comunicações seria elucidado de modo progressivo¹⁴.

Com esteio na teoria de Lorenzer, Hassemer sustenta uma compreensão processual construída a partir de uma sequência de atos em que prevaleça consecutividade e interação entre os participantes. O desfecho ultrapassa a mera compreensão textual e traduz, com maior apuro, uma recordação cognitiva da história, além de resgatar, através da representação de cenas, a atualidade do acontecimento e lançar, destarte, luzes sobre o caso. Tais resultados são impensáveis de serem obtidos em uma hermenêutica tradicional. Conquanto um acordo escrito apresente vantagens sobre outro sustentado apenas na palavra, assim como uma casa erguida por um sábio sobre a rocha é mais confiável que outra levantada sobre a areia por um tolo, nem sempre a fórmula escrita há de superar a oral. *Verba volant, scripta manent*, célebre brocardo latino, não prevalece em sede de audiência.

O valor do princípio da oralidade no processo penal sobressai no panorama instrutório cujos textos findam irremediavelmente por mascarar seus redatores e narradores. Isto ficou ainda mais evidente com a evolução da tecnologia audiovisual. A captura da palavra falada em gravações e o embalsamamento

¹³ LUCHI, José Pedro. *A superação da filosofia da consciência em J. Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999. p. 130.

¹⁴ LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido y la reconstrucción psicoanalítica: trabajos preliminares para una metateoría del psicoanálisis*. Trad. Roberto Bein. Buenos Aires: Amorrortu, 1977.

da prova sem os detritos presentes quando o juiz dita ao escrivão a fala do depoente (transmutando a resposta original em um texto oficial, duradouro e não fidedigno, ante uma redação corrompida, mesmo sem dolo, do discurso original) permitiram que a voz humana, antes fugaz, não fosse mais deturpada nos autos, mas, antes, vivificada digitalmente. Volume, timbre e emoção, que a tinta sobre o papel não preservavam, retornam com todas as suas propriedades ao se revisitar os depoimentos disponíveis nos acervos eletrônicos. Cada sílaba entonada soa clara e forte, ou sai embargada, reticente, com engasgos etc. Cada gesto e expressão facial traz placidez, medo, ódio, desprezo ou outros afetos salientados por olhares, suores, lágrimas, tremores etc. Não apenas o falante é revelado, mas a ligação estreita entre a palavra e a situação relatada. A “palavra codetermina a situação e [...] pode se compreender a palavra a partir da situação”¹⁵.

Quando a sequência de atos se condensa em uma audiência una, conforme prevê o art. 400 do CPP, é plenamente possível a implementação das ferramentas ligadas à compreensão cênica e ao princípio da oralidade. Em se exaurindo a instrução numa única audiência, com a extração de informações que possibilitem uma ampla compreensão da situação, alcançam-se as virtudes do imediatismo, configurado na presteza dos atos seguintes (alegações orais e sentença) e uma outra máxima romana, *da mihi factum dabo tibi jus*, atinge seu pleno significado. Se, contudo, a audiência tiver de ser fracionada, a designação de nova data para a conclusão da instrução (para, por exemplo, ouvir testemunhas que não compareceram) implica uma quebra de continuidade que dificulta as alegações finais em formato oral e ocasiona, em regra, a sua conversão para memoriais escritos. Portanto, além das hipóteses de ações ou omissões de juízes, promotores e defensores, “seja por uma suposta ‘complexidade do caso’ (art. 403, § 3º, do CPP), seja pelo simples costume”¹⁶, pode ocorrer, de fato, uma necessidade de estudo dos depoimentos tomados em audiências anteriores que, face às demais audiências designadas para o mesmo dia, para não causar maiores prejuízos e em respeito aos que aguardam serem ouvidos, só serão examinados em uma

¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 179.

¹⁶ CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. A oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 907-928, set./dez. 2017, p. 910.

data posterior. De conseguinte, as alegações finais e a sentença deixam de seguir o imediatismo do *caput* do art. 403 do CPP.

A coleta de prova oral via procedimento hábil, a par de “desalinhamentos transitórios e ameaças de rupturas”¹⁷, deságua em uma decisão fundamentada que dirime os riscos de um erro judicial. Deve-se, porém, repelir quaisquer estratégias destinadas a manipular, intimidar ou enganar o depoente ou os demais atores jurídicos. Ardis afeitos a regimes autoritários ou policialescos podem resultar em erros similares ou ainda piores do que os advindos de um formalismo excessivo.

Importa, antes, a atenção aos meios aptos a legitimar uma colaboração franca, espontânea e consciente de todos os envolvidos no processo. A legislação pertinente diz muito sobre o que tem de ser feito e o conhecimento jurídico clássico jamais deverá ser desprezado. Na coleta da prova oral, entretanto, também é relevante o que a norma não diz e, ainda assim, é imperioso que se faça. Trata-se, enfim, de saber como perguntar e o que perguntar. A prova oral deficitária pode, inclusive, dar causa a uma decisão judicial eivada de nulidade.

Dentre outros cuidados adotados no curso da ação penal, deve se frisar, inicialmente, o imperativo de uma ergonomia institucional, uma distribuição espacial apropriada na sala de audiência e em outros ambientes forenses. No Brasil, passou a ser um detalhe insignificante o fato de membros do Ministério Público sentarem-se ao lado dos juízes, ambos na cabeceira de uma longa mesa, tendo advogados e depoentes em posições mais distantes. Argumentos de uma suposta “igualdade de tratamento” entre juízes e promotores são recitados na doutrina e na jurisprudência. Sob essa ótica, a conclusão inevitável seria a de que a defesa se encontra em uma posição inferior. Nas varas criminais, onde o promotor exerce mais a função de parte acusatória do que a de fiscal da lei, colocar o *Parquet* junto ao advogado em nada diminui sua nobre função. Por sua vez, o juiz não fica diante das partes por lhes ser superior, senão apenas para manter-se, espacialmente, equidistante delas. Por mais tolo que isto possa parecer, se o cenário da audiência não reflete essa situação, poderá até mesmo vir a afetar o resultado de um processo. Neste sentido, vale destacar a lição trazida

¹⁷ BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação letrada*. Trad. Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015. p. 145.

por Daniel Kahneman sobre o *efeito de priming* (método de medição da “máquina associativa” chamada cérebro). Os estudos sobre este fenômeno

[...] renderam descobertas que ameaçam nossa autoimagem como autores conscientes e autônomos de nossos julgamentos e escolhas. Por exemplo, a maioria de nós pensa no ato de votar como um gesto deliberado que reflete nossos valores e nossas avaliações da política e não influenciado por questões irrelevantes. *Nosso voto não seria influenciado pelo local onde está a urna, por exemplo, mas é.* Um estudo sobre padrões de voto no Arizona em 2000 revelou que o apoio a propostas para aumentar a verba para escolas era significativamente maior quando o prédio da votação era uma escola, em vez de qualquer outro local nas redondezas. Um experimento separado mostrou que expor as pessoas a imagens de salas de aula e armários escolares também aumentava a tendência dos votantes a apoiar a iniciativa pró-escola.¹⁸ (grifos nossos)

Destarte, não se pode desprezar o potencial lesivo que uma proximidade entre juiz e promotor pode causar. Ainda que, aparentemente, se trate de uma singela distribuição espacial (em um modelo burocrático de ergonomia sem similar em países onde o Estado de Direito já se encontra bem sedimentado), esta e outras muitas condutas aceitas como normais podem, efetivamente, afetar o resultado de uma ação de forma indevida. E isto ocorre não por uma tibieza consciente, mas por uma contaminação inconsciente.

Esmiuçar relações aparentemente inócuas nas decisões judiciais, como a influência dos filhos e até do café da manhã, se revela, em um primeiro momento, tão avesso a uma teoria do Direito clássica, pautada unicamente na razão, que tais abordagens se tornam objeto de crítica. No entanto, apontam para o fato de que a realidade ultrapassa as cadeias racionais e se esparrama, sim, sobre as análises jurídicas. Negar isto é insistir que a realidade sirva a uma determinada noção de Direito, como em um leito de Procusto, e não o inverso.

¹⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 47.

4 O PRINCÍPIO DA ORALIDADE, ESTRUTURANTE DE UM PROCESSO PENAL ADVERSARIAL, E O PRINCÍPIO DA DEVIDA COLETA DA PROVA ORAL, INTEGRANTE DO FEIXE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição consagra o sistema adversarial no processo penal pátrio por meio de uma interpretação sistêmica fundamentada em diversos comandos, como os que se encontram insertos no art. 129, I, e no art. 5º, LIII e LV, da Carta Magna. Distinto dos sistemas inquisitório e misto, o adversarial se caracteriza por adotar: separação rígida entre as funções processuais de acusação, de defesa e de julgamento (exercidas por pessoas e órgãos diversos entre si); paridade de armas e oportunidades entre a acusação e a defesa; julgamento popular ou por órgãos judiciais imparciais; princípios democráticos (contraditório, publicidade, oralidade, dentre outros). Apesar disto, incrustou-se neste sistema, em solo brasileiro, uma alma inquisitorial. A própria opção da doutrina em majoritariamente denominar tal sistema de acusatório, conforme já anteriormente mencionado, contribui, ainda que inconscientemente, para uma falsa imagem de prevalência da função acusatória sobre as demais.

O princípio da oralidade, uma das pilastras do sistema adversarial, consiste, a rigor, em uma forma procedimental em que a palavra falada predomina sobre a escrita. A relação imediata do juiz com as partes e os meios de prova ocasiona uma concentração da causa no tempo, com equilíbrio entre celeridade e segurança.

De outra sorte, vislumbra-se no art. XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) o princípio do devido processo legal ao se postular, em tal dispositivo, a todo ser humano, acusado de um ato delituoso, o direito à presunção de inocência até ser provada sua culpabilidade de acordo com a lei, em julgamento público no qual todas as garantias necessárias à sua defesa estejam asseguradas.

A devida coleta da prova oral nas ações criminais efetiva os princípios da oralidade e do devido processo legal, servindo ao escopo da persecução penal, ao permitir uma decisão fundada em subsídios maiores. Assim, agrega-se ao feixe de garantias que formam o devido processo legal (unindo-se ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à duração razoável do processo, à individualização da pena, dentre outras) e fortalece o Estado Democrático de Direito ao contribuir na solução de um processo, no combate à violência com respeito à dignidade

dos depoentes (princípio da dignidade da pessoa humana) e na consecução do sistema penal adotado na Carta Magna.

As normas processuais seguem fulcrais ao bom andamento do feito: informar ao réu o direito de permanecer calado e somente responder às perguntas caso seja de sua vontade (art. 186 do CPP); advertir as testemunhas de estarem sob palavra de honra e não poderem faltar com a verdade sob pena de incorrerem em crime de falso testemunho (art. 203 do CPP); manter a incomunicabilidade das testemunhas em respeito ao princípio da lealdade processual e para não ocorrer orientação dos depoentes; assegurar o isolamento do depoente (art. 210 do CPP); garantir a continuidade da narração, sem intervenções que tumultuem os trabalhos judiciais; de indeferir perguntas irregulares (art. 212 do CPP); etc. A elas, porém, devem ser adicionados ingredientes que escapam aos institutos jurídicos processuais penais.

Na fase de instrução, na qual a oralidade se faz mais evidente, todo depoimento deve se nortear por princípios aplicados à sua coleta, os quais são implícitos e pouco conhecidos na doutrina: o princípio da clareza elide perguntas confusas ou múltiplas (por falta de atenção do inquiridor ou malícia processual ao se tentar obter o registro de repostas conflitantes); o da celeridade veda perguntas repetitivas, prolixas ou impertinentes; o da objetividade proíbe perguntas subjetivas (testemunha não é perito; deve se ater à narrativa dos fatos e não à sua interpretação); e o princípio da cortesia combate perguntas vexatórias ou insultuosas (comportamento agressivo que fira o respeito devido ao depoente).

Um estado de certeza surge na consciência do juiz ante um acervo probatório capaz de facilitar sua missão de discernir, em meio a uma polifonia de discursos, a melhor versão dos fatos investigados, cuja reconstrução busca a maior coincidência possível com a realidade histórica. A verdade jurídica resulta de uma interseção de narrativas. Cabe ao juiz evitar a prevalência de uma mentira urdida sobre uma verdade mínima para, assim, cumprir o princípio do (livre) convencimento motivado, ou da persuasão racional (art. 155 do CPP).

O julgamento, não sendo ato de pura ciência, mas também de consciência, há de considerar o funcionamento da mente que julga. Se essa mente foi modulada em uma clausura kelseniana, confinada na estreiteza das normas, desprovida de alteridade, do reconhecimento de que cada indivíduo é um mundo de credos, interesses e sofrimentos, não haverá de ser capaz de compreender muitas das

nuances contidas nos depoimentos. Um processo dual, racional e intuitivo, pensa e sente a causa, colocando o interlocutor no mesmo diapasão do depoente para uma narrativa fluida. É evidente que o processo penal brasileiro ainda não incorporou a oralidade como regra, sendo, antes, exceção cuja potencialidade esbarra no formalismo imperante no meio jurídico. O insípido alcance atual da oralidade se dá por conta das amarras de uma cultura do carimbo, visceralmente burocrática. Mesmo após recentes reformas, o CPP ainda prioriza inúmeros procedimentos escritos e, assim, mantém-se distante de um modelo adversarial ideal. A resistência ao avanço da oralidade, além dos entraves para a concentração dos atos advindos (por exemplo, do não comparecimento ou da não localização de réus e testemunhas), faz com que muitos tomem o efeito pela causa. Enfim, é a falta de empenho do Estado, em ofertar meios para a efetividade do sistema, o maior obstáculo a ser dirimido e o fator primordial da inocuidade da oralidade que, neste contexto, se torna um arremedo do que deveria ser.

CONCLUSÃO

Nestas considerações finais, em vez de conclusões que se configuram em um resumo das ideias anteriormente expostas, opta-se por se acrescentar que muitas das deficiências apresentadas na prática forense penal podem ser combatidas desde a formação acadêmica. Em aulas de audiências simuladas, nas disciplinas de estágio, seria possível proporcionar uma formação mais sólida dos atores jurídicos. É curial ter-se em mente que os depoentes prestam um relevante serviço à Justiça e não devem servir de cobaias a profissionais inexperientes. O ensino jurídico não pode negligenciar o tirocínio de práticas forenses fundamentais, como a da inquirição. Nas aulas de prática processual, alunos assistem a audiências judiciais como espectadores, sem poder intervir e desconhecendo o processo. Aprender a arte e a ciência da inquirição em julgamentos verdadeiros, à custa de clientes reais, equivale a deixar internos de medicina praticarem cirurgias em pessoas vivas em vez de o fazerem em cadáveres.

Também há de se reforçar o estudo, no curso de graduação, de disciplinas como a Psicologia Forense, cujos conhecimentos facilitam a melhor avaliação da credibilidade de um depoimento, bem como a constatação de eventuais danos psíquicos, em testemunhas e vítimas, e o entendimento do perfil psicológico do

réu, dentre outras situações. Importa, assim, adquirir noções desde os tratados pioneiros sobre a sugestionabilidade da memória¹⁹ e sobre a vulnerabilidade e fiabilidade das testemunhas e os erros perceptivos e de memória de quem presencia um delito²⁰ até os mais recentes estudos sobre as falsas memórias, beneficiados pelos avanços nas últimas décadas da neurociência e de outros saberes²¹.

Outra disciplina propedêutica curial é a Sociologia Jurídica, por se debruçar nas correlações, causas e efeitos de fenômenos sociais e seus reflexos no ordenamento jurídico. Investiga comportamentos desviantes que resultam em ações criminosas, mas, também, propicia aos atores jurídicos expandirem seus horizontes para além da mentalidade punitivista crescente. Consciências traumatizadas e afetadas pela violência, cada vez mais, militam por um direito repressivo, por ações de justiça imediatas e midiáticas e por uma expiação vingadora como retaliação (e não reparação) do mal causado.

A Antropologia Jurídica auxilia na interação com depoentes de cultura, etnia, credo ou orientação sexual, diversos do inquiridor. Revela, ainda, meandros da linguagem cinética e de emoções reconhecíveis nas expressões faciais e na linguagem corporal, mormente quando contrariam as palavras²². A comunicação proxêmica avalia a relevância e o impacto da distância física entre os interlocutores e sua variação conforme a ambiência cultural e o tipo de conversação²³.

A Filosofia da Linguagem traz contribuições fundamentais ao jurista na medida em que este compreende melhor os conceitos como o de jogos de linguagem e identifica e entende melhor as múltiplas funções da linguagem para além da mera representação do mundo²⁴. A teoria dos atos da fala e a explicação

¹⁹ BINET, Alfred; SIMON, Théodore. *Testes para medida do desenvolvimento da inteligência nas crianças*. Trad. Lourenço Filho. São Paulo: Melhoramentos, 1929.

²⁰ MÜNSTERBERG, Hugo. *Psychology and crime*. Londres: T. Fisher Unwin, Adelphi Terrace, 1909.

²¹ STEIN, Lillian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²² EKMAN, Paul. *Emotions revealed: recognizing faces and feelings to improve communication and emotional life*. New York: Times Books, 2003.

²³ HALL, Edward T. *The silent language*. Doubleday & Company, Inc: Garden City, NY, 1959.

²⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

da dimensão performativa da linguagem²⁵, dentre outras, também enriquecem a formação jurídica e orientam, em última instância, o bom termo das audiências.

A convergência desses saberes, além de bom senso, paciência, zelo e concentração na audiência, revelam-se na coleta do depoimento de uma vítima de estupro ou de violência doméstica, na de uma criança que sofreu alienação parental, na de um réu que nega a autoria do crime imputado, na de uma testemunha receosa em depor na presença do acusado.

Um procedimento padrão, pasteurizado, restrito a um legalismo cego e insensível, gera resultados inservíveis. Munido dos conhecimentos propostos, as nuances de cada narrativa são mais facilmente captadas, a instrução criminal encerra maior esmero e, de conseguinte, há de ser de um valor ímpar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 661-687, ago. 2018.

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. 2nd edn., M. Sbisà and J. O. Urmson (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 1975.

BAZERMAN, Charles. *Teoria da ação letrada*. Trad. Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

BINET, Alfred; SIMON, Théodore. *Testes para medida do desenvolvimento da inteligência nas crianças*. Trad. Lourenço Filho. São Paulo: Melhoramentos, 1929.

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. A oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 907-928, set./dez. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 39, p. 187-206, 2010.

EKMAN, Paul. *Emotions revealed: recognizing faces and feelings to improve communication and emotional life*. New York: Times Books, 2003.

GEYH, Charles Gardner. The dimensions of judicial impartiality. *Florida Law Review*, Vol. 65, n. 2, p. 493-551, March 2014.

²⁵ AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. 2nd edn., M. Sbisà and J. O. Urmson (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 1975.

- HALL, Edward T. *The silent language*. Doubleday & Company, Inc: Garden City, NY, 1959.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JEBB, Richard Claverhouse. *Essays and adresses*. Cambridge: The University Press, 1907.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LORENZER, Alfred. *El lenguaje destruido y la reconstrucción psicoanalítica: trabajos preliminares para una metateoría del psicoanálisis*. Trad. Roberto Bein. Buenos Aires: Amorrortu, 1977.
- LUCHI, José Pedro. *A superação da filosofia da consciência em J. Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. *Pensar direito e emoção: uma cartografia*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 27-47, ago. 2018.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das palavras em matéria criminal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. *A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal*. *Revista Jurídica Cesumar: Mestrado (online)*, v. 15, p. 379-398, 2015.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- MÜNSTERBERG, Hugo. *Psychology and crime*. Londres: T. Fisher Unwin, Adelphi Terrace, 1909.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SÓFOCLES. *A trilogia tebana: Édipo Rei; Édipo em Colono; Antígona*. Trad. Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SUETÔNIO. *A vida dos doze Césares*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

Submissão em: 09.09.2019

Avaliado em: 18.08.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 14.06.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 23.02.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 19.08.2020

A JURISPRUDÊNCIA DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE

NON-CULPABILITY DEFINITION ACCORDING TO THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Fábio Martins de Andrade¹

Doutor em Direito Público (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Adriana Freisleben de Zanetti²

Juíza Federal (TRF3, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; filosofia do direito.

RESUMO: Por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em torno do conceito da não culpabilidade e sob a ótica da doutrina falibilista desenvolvida por Charles Sanders Peirce, estudam-se as oscilações, no Brasil, acerca do momento no qual a execução da

prisão decorrente de pena possa ser legitimamente deflagrada. O objetivo é analisar as ações, os contextos e os argumentos que rompem com estruturas e hábitos sedimentados pela Suprema Corte, em momentos diversos. Com efeito, desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, o STF tem adotado orientações oscilantes e divergentes sobre a possibilidade ou não de execução provisória da pena

¹ Advogado. Mestre pela Universidade Candido Mendes (2004). Pós-Graduado pela Universidad de Buenos Aires (2005). Pós-Graduado em Direito Penal Económico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o IBCCrim (2004-2005). Pós-Graduado em Criminología pela Universidad de Salamanca (2002). Pós-Graduado em Derecho Penal Económico pela Universidad de Castilla-La Mancha (2001). Graduado pela Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2000). *E-mail:* fandrade@andrade.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6365301661104837>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9040-6949>.

² Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Mestre em Direito Comparado pela Universidade de Samford – EUA. Graduada em Direito pela Universidade Paulista. Professora da graduação da Universidade Paulista. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB. Membro da Comissão Permanente de Direito Internacional do IAB. *E-mail:* azanetti@trf3.jus.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1054596350351025>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8740-5478>.

depois de decisão de segunda instância e antes do trânsito em julgado. Inicialmente, entendeu que seria possível e não violaria o princípio constitucional da presunção de inocência. Em seguida, passou a decidir que não seria possível e depois retornou ao entendimento original anteriormente mencionado. Recentemente, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) n^os 43, 44 e 54, ressurgiu a tese da impossibilidade da prisão, que não a de natureza cautelar, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O artigo procura demonstrar que a razão de frequência contingente do conceito de culpabilidade confirma que o sistema jurídico não se orienta pela racionalidade conceitual abstrata, mas se sujeita a interpretante final falível. Para tal, utiliza-se o pluralismo metodológico preconizado pelo fundador da semiologia moderna: conjuga-se a análise empírica da jurisprudência do STF (indução) com inferências (dedução) da doutrina falibilista de Charles Sanders Peirce, para, então, extrair-se síntese provisória (não infalível). Examinando-se a prática do STF sob tal marco teórico, conclui-se que o sistema jurídico enfrenta, na atualidade, a mudança do paradigma interpretativo *a priori* e desloca sua *normatividade* para o momento da decisão judicial.

ABSTRACT: *Through the analysis of the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and under Peirce's falibilism doctrine, this article studies the oscillations around the moment in which the execution of the prison can be started against the defendant. The scope is to analyze the actions, contexts and arguments that break with structures and habits settled by the Supreme Court at different times. In fact, since the promulgation of the Constitution in 1988, the STF has adopted divergent opinions about the possibility of provisional execution of the penalty, after the second instance and prior to the final decision. Initially, the Court decided that it was possible to the defendant to start serving a prison sentence after this sentence has been confirmed by the tribunal, and that was no offense to the constitutional principle of presumption of innocence. Later, the STF overruled this precedent to rule that the prison could not be executed before the final decision. Yet, the STF overruled again this precedent, returned to the original understanding previously mentioned. Recently, by judging the Direct Actions of Constitutionality (ADC's) n^os 43, 44 and 54, the thesis of the impossibility of imprisonment, other than precautionary reasons before the final decision was settle. This article aims to demonstrate that the contingent frequency of the culpability concept confirms that the legal system cannot be subsumed by abstract rationality. Instead, it is subjected to a fallible final interpretant. By analyzing STF's jurisprudence with the lenses of falibilism doctrine, we can come across the conclusion that the current legal system has shifted its normativity from a 'a priori' concept to the moment of the judicial decision.*

PALAVRAS-CHAVE: não culpabilidade; Constituição; Supremo Tribunal Federal; prisão em segunda instância; falibilismo conceitual.

KEYWORDS: *non-culpability; Constitution; Supremo Tribunal Federal; prison in the second instance; conceptual falibilism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico jurisprudencial; 2 Falibilismo conceitual; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Jurisprudential timeline; 2 Conceptual falibilism; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O princípio da não culpabilidade, ou presunção de inocência, não se encerra em racionalidade conceitual abstrata, porquanto as proposições gerais não se prestam a definir o destino dos casos concretos, encontrando-se, portanto, sempre sujeito à interpretação da Suprema Corte. Exatamente por isso utiliza-se como fonte deste texto as decisões concretas do STF, com enfoque no realismo jurídico, entendendo o Direito como contido na historicidade das decisões da Suprema Corte³.

Desde a promulgação da Constituição da República, a jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal oscila sobre o tema específico da execução provisória da pena e sua compatibilidade (ou não) com o princípio constitucional da presunção de inocência e adota, de tempos em tempos, orientações divergentes.

Como parâmetro maior na discussão posta, tem-se o inciso LVII do art. 5º, que assegura o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Penal previa, no seu art. 283, que “a prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”. Tal dispositivo foi remanejado e passou a ter novo escopo, com a completa mudança de seu sentido, em razão do advento da Lei nº 12.403/2011, que expressamente condicionou a prisão por pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em 1991, no HC 68.726, restou assentado que não haveria qualquer conflito ou violação, sendo possível a execução provisória da pena depois de confirmada

³ HOLMES, Oliver Wendell. *The path of law*. Collected legal papers, 1920. p. 173.

pelo tribunal de segunda instância e, portanto, antes do eventual trânsito em julgado. Em 2009, porém, no HC 84.078, tal jurisprudência deu um câmbio radical para o lado oposto, passando a estabelecer que a execução provisória da pena seria incompatível com o referido princípio constitucional da presunção de inocência, além de violentar flagrantemente o próprio princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Em 2016, no HC 126.292, ocorreu nova virada, retornando agora o Pleno do STF àquele entendimento anterior, no sentido de que a execução provisória da pena não violaria o princípio constitucional de presunção de inocência.

O rumo foi novamente alterado em 7 de novembro de 2019, ocasião na qual o pleno do STF, por seis votos contra cinco, decidiu no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que a prisão para início de cumprimento de pena pressupõe o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Esse cenário de mudanças e guinadas jurisprudenciais não representa raciocínio tergiversante da Suprema Corte: apenas evidencia que o Direito não se sustenta em certezas, mas em verossimilhanças forjadas na experiência do STF, em diferentes contextos de composição e ideologias. O Direito, como se verá, não é imune ao falibilismo. O marco teórico consiste na aplicação a essa realidade experimentada pela jurisprudência no âmbito do STF, que oscila entre orientações divergentes, às lições do lógico e filósofo Charles Sanders Peirce, para quem o falibilismo reflete uma posição na qual não há certezas no universo, mas meras probabilidades⁴.

1 HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL

Com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal adotou inicialmente a orientação jurisprudencial pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. Ao assim decidir, entendeu a Suprema Corte que o princípio da presunção de inocência previsto no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior não impedia a prisão em decorrência de acórdão que, em grau de recurso de apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível.

⁴ Segundo Peirce, “todo raciocínio consiste em julgar a proporção de alguma coisa em relação ao todo, a partir de uma proporção encontrada na amostra. Logo, há três coisas que nunca devemos esperar através do raciocínio: certeza absoluta, exatidão absoluta e universalidade absoluta” (PEIRCE, C. S. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Ed. C. Hartshorne, P. Weiss e A. Burks. Cambridge: Harvard University Press, 8 v., v. 1, 1931-1974. § 141 – tradução livre).

Na esteira de tal entendimento, o STF reconheceu que as restrições ao direito de apelar em liberdade determinadas pelo art. 594 do Código de Processo Penal⁵ haviam sido recepcionadas pela Lei Maior (HC 72.366). Desse modo, corrente o entendimento de que a execução provisória da pena, confirmada pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, não conflitava com o princípio da presunção de inocência⁶.

Esse entendimento inicial foi modificado quando do julgamento do HC 84.078, em 05.02.2009. Na ocasião, o Pleno do STF decidiu que a execução provisória da pena afrontaria o princípio da presunção de inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão da mudança na orientação anterior que seguia consolidada até aquela oportunidade, o acórdão trouxe elevadíssimo ônus argumentativo, verificando-se robusta fundamentação em favor da dignidade da pessoa humana.

No julgamento do HC 126.292, em 17.02.2016, o Ministro Teori Zavascki resgatou argumentos trazidos pela corrente vencida no julgamento do precedente anterior (HC 84.078), como trechos dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, inclusive com expressa menção de estudo que relata a situação em diferentes países do mundo. *In casu*, depois de deferida a medida liminar, para suspender a prisão preventiva decretada pelo tribunal de segundo grau de jurisdição e a manifestação favorável pelo Procurador-Geral da República, o Ministro Teori Zavascki decidiu pela denegação da ordem, sob o fundamento de que é necessário buscar o ponto de equilíbrio entre o alcance do princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal⁷.

⁵ O art. 594 do CPP foi expressamente revogado pelo art. 3º da Lei nº 11.719/2008. Este diploma legal trouxe relevantes modificações ao CPP relativos a suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos.

⁶ À época, houve a edição dos seguintes verbetes, relacionados à progressão do regime de cumprimento da pena fixada em sentença ainda não transitada em julgado: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (Súmula nº 716); “Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial” (Súmula nº 717).

⁷ Nas palavras do Relator: “2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

Com efeito, depois de resgatar os argumentos dos votos prolatados pela corrente que restou vencida no precedente anterior (HC 84.078), o Ministro Teori Zavascki trouxe expressa preocupação com os recursos protelatórios como mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal frente ao instituto da prescrição⁸, com a conseqüente ineficácia da pretensão punitiva estatal⁹. Reconheceu, ainda, que no caso de equívocos e excessos há mecanismos capazes de sustá-los perante os Tribunais Superiores¹⁰.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do Relator, acrescentando que a regra da não culpabilidade do réu, prevista no inciso LVII do art. 5º, não deve ter caráter absoluto, cabendo ao STF limitar-se a “revisar injustiças do caso concreto”¹¹.

⁸ Nas palavras do Relator: “Nesse ponto, é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

⁹ Nesse sentido, o Relator defendeu a retomada da antiga jurisprudência da Corte sobre o tema: “10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

¹⁰ Nesse sentido: “11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir conseqüências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeitos suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

¹¹ STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016.

O Ministro Roberto Barroso, de igual modo, também acompanhou o voto do Relator. Em trecho do seu voto referente aos “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”, o Ministro Roberto Barroso explicitou:

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados *casos difíceis*, tem uma inegável dimensão *política*.

[...]

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma da impunidade.¹²

Posteriormente, essa corrente foi acompanhada também pelos Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia. Já o Ministro Gilmar Mendes, que no precedente anterior prolatou o seu voto acompanhando a maioria então formada, nesse caso revisou o seu entendimento, para acompanhar o voto do Relator (e a maioria aqui formada)¹³.

¹² STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016.

¹³ Depois de trazer um completo panorama do tema em diferentes países e variados documentos internacionais, o Ministro Gilmar Mendes decidiu que, “em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como

A Ministra Rosa Weber inaugurou a divergência, registrando expressamente a importância para a segurança jurídica da manutenção da jurisprudência assentada pela Suprema Corte, que não deve se modificar apenas e tão somente pela mudança na composição de seus integrantes. Posteriormente, a divergência inaugurada pela Ministra Rosa Weber contou com a adesão dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, todos com votos prolatados no precedente anterior (HC 84.078), no sentido de que a execução provisória da pena afrontaria o princípio constitucional de presunção da inocência.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da medida liminar. A maioria foi formada pelos votos do Relator, Ministro Teori Zavascki, que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Foram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (7 x 4).

Uma vez definida a matéria, a oposição dos embargos de declaração foi sistematicamente rejeitada para essa situação específica, a começar pelo próprio *leading case* sobre o tema¹⁴.

Tão logo adotada a nova orientação no precedente assinalado (HC 126.292), as duas Turmas do STF passaram a aplicá-la aos diversos casos que foram chamados a decidir.

A legitimidade da execução provisória da pena foi reafirmada no julgamento do ARE 964.246, o qual teve repercussão geral reconhecida (tema 925)¹⁵. Na oportunidade, o Plenário Virtual do STF fixou a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da

culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. [...]. Revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. [...]. Mas eu quero registrar que estou fazendo uma revisão de orientação. [...]” (STF, HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016).

¹⁴ STF, HC 126.292-ED, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 02.09.2016, DJe 07.02.2017.

¹⁵ STF, ARE 964.246, Plenário Virtual, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 10.11.2016, DJe 25.11.2016.

Constituição Federal”¹⁶. Em outra decisão, tal legitimidade foi ampliada também para a situação de prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri¹⁷.

Com o indeferimento da medida cautelar pleiteada nas ADCs 43 e 44, as decisões subseqüentes ampliaram as suas razões para contemplar também esse fato novo, que manteve inalterado o precedente firmado no HC 126.292, bem como registraram a sua reafirmação com a repercussão geral reconhecida¹⁸.

Em suma, a tese que prevaleceu a partir do precedente citado foi no sentido de que “a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”¹⁹.

¹⁶ No mesmo sentido: STF, HC 135.347-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 28.10.2016, DJe 17.11.2016; STF, ARE 737.305-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 28.06.2016, DJe 10.08.2016; STF, HC 138.890-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 07.03.2017, DJe 23.03.2017. Quanto à compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, o Ministro Luiz Fux esclareceu, em decisão monocrática: “Assim, a determinação da execução provisória da pena não conflita com o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, porquanto a constrição da liberdade, neste momento processual, fundamenta-se na ausência de efeitos suspensivos dos recursos extraordinário e especial, mercê do restrito espectro de cognoscibilidade desses mecanismos de impugnação, bem como da atividade judicante desempenhada pelas instâncias ordinárias e não no agravamento da situação jurídica do réu” (STF, HC 140.213, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, J. 15.03.2017, DJe 17.03.2017).

¹⁷ Eis o trecho pertinente da ementa: “2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. *Habeas corpus* não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: ‘A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade’” (STF, HC 118.770, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 07.03.2017, DJe 24.04.2017).

¹⁸ Exemplo disso pode ser encontrado nos seguintes acórdãos: STF, HC 134.863-AgRg, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 29.11.2016, DJe 01.02.2017; STF, HC 137.908-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 06.12.2016, DJe 06.03.2017; STF, HC 135.653-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 16.12.2016, DJe 10.02.2017; STF, HC 138.942-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, J. 14.03.2017, DJe 26.04.2017; STF, HC 140.285-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, J. 14.03.2017, DJe 24.04.2017; STF, HC 138.934-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 17.03.2017, DJe 18.04.2017; STF, HC 137.645-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 24.03.2017, DJe 26.04.2017.

¹⁹ STF, HC 136.951-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 06.02.2017, DJe 17.02.2017. No mesmo sentido: STF, HC 137.716-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 17.02.2017, DJe 14.03.2017; STF,

A partir desse entendimento, e de sua aplicação pelas duas Turmas do STF, logo tal tema passou a ser decidido sumariamente em decisões monocráticas pela negativa do seguimento do recurso ou pelo indeferimento da medida liminar pleiteada, que rapidamente se multiplicaram às dezenas²⁰.

Em 18 e 19 de maio de 2016 foram protocoladas duas ações diretas (ADCs 43 e 44, respectivamente) buscando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, especialmente em contraposição ao precedente estabelecido no julgamento do HC 126.292.

Tais ações foram distribuídas ao mesmo Relator, Ministro Marco Aurélio. A ADC 43 pediu a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a legitimidade constitucional da opção do legislador (veiculada pela Lei nº 12.403, de 2011) de condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal

HC 135.567-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 07.03.2017, DJe 16.03.2017; STF, HC 136.515-AgRg, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.03.2017, DJe 10.04.2017.

²⁰ STF, RHC 142.843, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.897, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 143.002-MC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.750, Rel. Min. Luiz Fux, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, ARE 1.038.682, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 24.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.758, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.797, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.881, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 143.003, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.636, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.625, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.969, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 143.041, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.848, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 20.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.799, Rel. Min. Luiz Fux, J. 18.04.2017, DJe 20.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.463-MC, Rel. Min. Luiz Fux, J. 18.04.2017, DJe 20.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.585-MC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 18.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, ARE 1.027.843, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.445, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 17.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.781, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 17.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 140.731, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 17.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.466, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 11.04.2017, DJe 19.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.689, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 11.04.2017, DJe 19.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.749, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 11.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.748, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 11.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.482, Rel. Min. Luiz Fux, J. 10.04.2017, DJe 17.04.2017, decisão monocrática; STF, HC 142.231, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 07.04.2017, DJe 17.04.2017; STF, HC 142.127, Rel. Min. Alexandre de Moraes, J. 06.04.2017, DJe 17.04.2017, decisão monocrática; STF, RHC 142.848, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 20.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática, entre tantos outros.

condenatória. A ADC 43 registra claramente a incompatibilidade do art. 283, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, com a decisão tomada no HC 126.292 no modelo difuso de controle de constitucionalidade²¹. A petição inicial da ADC 43 sustenta tese no sentido de que a mudança de jurisprudência perpetrada pela nova orientação firmada quando do julgamento do HC 126.292 deve ter aplicação *ex nunc*, ou seja, dali para a frente, a exemplo de inovação legislativa que tem aplicação irretroativa, na hipótese de ser prejudicial ao réu.

Por sua vez, a petição inicial da ADC 44 buscou um foco mais direcionado e objetivo, com argumentos jurídicos voltados à solução da perplexidade que se teria criado pelo STF a partir do julgamento do HC 126.292, ao menos em relação à coerência racional do sistema.

A ADC 44 foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo como “objeto o art. 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.403/2011, relativo ao alcance e âmbito de incidência dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa”. Aqui, o pedido formulado foi pela concessão de medida cautelar, “para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de Segunda Instância, com base no HC 126.292/SP, simplesmente ignoraram o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal – cuja constitucionalidade se presume! –, violando, assim, a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CR) e a Súmula Vinculante nº 10”; e, no mérito, “a procedência da presente ação para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição”²².

Em 05.10.2016, as medidas cautelares pleiteadas nessas duas ações foram indeferidas. Em 18.04.2018, foi protocolada a ADC 54, com o escopo de declarar

²¹ Eis o trecho pertinente da petição inicial: “13. Todavia, a retomada do entendimento pretérito do próprio Supremo Tribunal Federal foi levada a termo sem que a Corte tenha examinado a constitucionalidade do novo teor do art. 283 do CPP, introduzido em 2011, o qual estabeleceu a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para que tenha lugar o início do cumprimento da pena de prisão. Ao reabilitar a antiga interpretação, o Supremo Tribunal Federal não examinou questão essencial para o adequado tratamento da matéria. Para fixar o parâmetro segundo o qual a decisão penal condenatória pode ser objeto de execução provisória, o Supremo Tribunal Federal, data vênua, teria que ter declarado a inconstitucionalidade do art. 283 do CPP: não se pode conferir a este dispositivo legal sentido compatível com a decisão recentemente proferida no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292” (cf. petição inicial da ADC 43, sem os grifos originais).

²² Cf. petição inicial da ADC 44.

que as prisões decorrentes de “fundamentos automáticos” são inconstitucionais e devem ser impedidas, até o julgamento final das ADCs 43, 44, e 54.

O julgamento teve início em 17 de outubro e terminou em 7 de novembro de 2019.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, manteve-se fiel a seus entendimentos anteriores, julgando procedentes os pedidos das ADCs 43, 44 e 54 e votando pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Ainda, manifestou-se pela suspensão da execução provisória das penas ainda não transitadas em julgado, determinando a liberação dos presos em contrariedade ao art. 283 do CPP, devendo a prisão excepcional antes do trânsito em julgado ser reservada aos casos previstos no art. 312 do CPP²³.

O Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência, posicionando-se a favor da prisão para fins de cumprimento de pena, após confirmada a sentença condenatória em segunda instância. Fundamentou sua decisão afirmando que a segunda instância encerra a análise probatória, que seria exatamente o objeto da proteção constitucional abarcada pelo inciso LVII do art. 5º. Segundo o Ministro,

a decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “juízo de consistência”, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determina o início da execução da pena imposta pelo último grau de jurisdição ordinária com cognição plena.²⁴

A Ministra Cármen Lúcia posicionou-se a favor da prisão após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância. Em seu voto, contudo, deixou claro que o valor maior da sociedade é a possibilidade de debaterem-se, livremente, as ideias²⁵.

O Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, aduziu ter havido um “desvirtuamento” da decisão do STF

²³ STF, Julgamento conjunto ADCs 43, 44 e 54, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 07.11.2019, acórdão pendente de publicação.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

pelos Tribunais. Segundo ele, o STF havia decidido pela possibilidade, e não pela obrigatoriedade, da prisão após a condenação em segunda instância²⁶.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, afirmou que uma Constituição escrita não pode ser considerada irrelevante na história do País, não podendo sujeitar-se aos desígnios dos Poderes Constituídos. O Ministro assinalou que o Brasil é signatário de tratados internacionais que determinam a presunção de inocência; porém, não condicionam a prisão ao trânsito em julgado. Pontuou, entretanto, que a Constituição de 1988 expressamente colocou um requisito a mais, em proteção do princípio da presunção de inocência, que foi exatamente a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória, condição essa expressa no texto constitucional²⁷.

A Ministra Rosa Weber²⁸, favorável à constitucionalidade do art. 283 do CPP, salientou em seu voto que o exercício da discricionariedade judicial pressupõe vagueza semântica, que não é o caso do estatuído no art. 5º, LVII, da Constituição da República. No mesmo sentido, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski²⁹ que, lembrando Ferdinand Lassalle, afirmou que a Constituição de 1988 não é uma mera folha de papel que possa ser rasgada ao contrariar as forças políticas do momento.

O Ministro Edson Fachin iniciou seu voto afirmando que as decisões do STF têm uma mera pretensão de última palavra, porquanto se submetem a novos diálogos internos e externos, de acordo com os novos contextos apresentados. O Ministro defendeu que a redação do inciso LVII do art. 5º é plurívoca, apresentando raciocínio semelhante àquele exarado pelo Ministro Alexandre de Moraes, que afirma ter a presunção de inocência relação com a análise das provas. Nas palavras do Ministro:

Esse último desdobramento do princípio da presunção de inocência incide pontualmente ao longo da marcha processual. Nessa acepção, ele só é exigido quando se trata de estabelecer a prova dos fatos. Noutras palavras, a presunção de inocência, quando estabelece um *standard* de prova, só tem aplicação nas fases em que

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

a prova é objeto de exame por parte das autoridades do Estado. Se a prova não está em jogo, a presunção de inocência não é desafiada.³⁰

O Ministro Luís Roberto Barroso³¹ manteve sua posição, no sentido de que a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Elencou, também, argumentos de ordem pragmática, sustentando que a execução da pena após a condenação em segundo grau torna o sistema criminal mais funcional e equilibrado, diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro e promove a quebra do paradigma da impunidade no sistema criminal.

O Ministro Luiz Fux³² defendeu em seu voto que o princípio da presunção de inocência não tem vinculação com a prisão. Diferenciou os institutos e alertou a Corte em relação aos efeitos nefastos da mudança de precedente sem motivação adequada. Também defendeu que o tribunal “ouça a sociedade se em jogo uma razão pública, ou um valor moral”. O Ministro Dias Toffoli³³ se pronunciou contrariamente à prisão em segunda instância, argumentando que a edição da Lei nº 12.403/2011 foi fruto de atividade parlamentar legítima em momento histórico peculiar, logo após a edição da Lei da Ficha Limpa. O Ministro separou, porém, a situação de condenados pelo Tribunal do Júri, alvo de outra ação no STF, já adiantando seu entendimento, no sentido de que a soberania dos veredictos é norma que se sobrepõe, por específica, à norma genérica da presunção de inocência até o trânsito em julgado.

O julgamento foi encerado com seis votos (contra cinco vencidos) decidindo que não é possível a prisão, para fins de início de pena, após a decisão condenatória confirmada em segunda instância.

2 FALIBILISMO CONCEITUAL

Analisar as oscilações jurisprudenciais do STF acerca do conceito constitucional da não culpabilidade sob as lentes da doutrina falibilista permite uma visão mais coerente do instituto com a própria noção de democracia,

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² Idem.

³³ Idem.

porquanto o falibilismo reconhece e valoriza a criatividade humana como recurso hábil a estabilizar a caótica complexidade do mundo atual.

Ademais, a cognição racional não se exaure nos métodos indutivos e dedutivos: a experiência da Corte e a variação do contexto relacionado à axiologia da sociedade brasileira adicionaram ao tema elementos hipotéticos complexos. O pluralismo metodológico não retira o caráter científico da análise jurídica. Antes, traduz a humildade intelectual que admite a inevitabilidade do aleatório no dia a dia que impõe, à revelia do intérprete, a necessidade de adequação dos paradigmas à experiência. Nesse sentido, Lucia Santaella reconhece que os métodos científicos não são sinônimos de certeza e infalibilidade, propondo o cotejo com a experiência e, a partir daí, a adequação dos conceitos: “[...] certificar quão longe as consequências estão de acordo com a experiência, e julgar se a hipótese está sensivelmente correta, ou se requer uma modificação essencial, ou se deve ser inteiramente rejeitada”³⁴.

A doutrina do falibilismo foi criada por Charles Sanders Peirce (1839-1914), lógico e filósofo norte-americano que defendeu haver lógica no acaso, favorecendo o desenvolvimento da tese do indeterminismo conceitual das coisas. Com efeito, Peirce sustentou não existirem verdades absolutas, mas apenas crenças mais ou menos estáveis, de acordo com o contexto (ou a amostra)³⁵. Seus estudos resultaram em uma viragem paradigmática cuja consistência só seria verificada muitos anos após sua morte; notadamente, pelo desenvolvimento da moderna física quântica e a influência reflexa desta nas ciências humanas e sociais³⁶.

Historicamente, o sistema jurídico de origem romanística passou por fases distintas no decorrer dos séculos. Inicialmente, serviu de parâmetro o modelo orgânico, mecânico. Buscava-se uma unidade científica ao direito, organizando-o à semelhança das ciências naturais. Com a articulação dos enunciados, as leis pretendiam garantir o rigor das ciências exatas ao direito,

³⁴ SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*. São Paulo: Unesp/Fapesp, 2004. p. 158.

³⁵ PEIRCE, Charles Sanders. *The Essential Peirce*. Peirce Edition Project. Bloomington: Indiana University Press, v. 1, 1998. p. 111.

³⁶ ILYA PRIGOGINE (1917-2003), Prêmio Nobel de Química, em seu livro *O fim das certezas*, discorre sobre a influência da Física nas demais Ciências, explicando as mudanças do pensamento científico em face da transição da teoria mecanicista (determinista) newtoniana para a Física Quântica (indeterminista), parâmetro esse que referendou estudos anteriores relacionados a sistemas não lineares, como, dentre outros, o desenvolvido por Peirce (In: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2011).

ao prever uma solução *a priori*, que deveria ser aplicada aos casos concretos por meio de raciocínio dedutivo. Em seguida, a escola histórica trouxe à baila a questão da necessidade de atualização permanente dos conceitos, ao buscar não a intenção fixa do legislador no momento da produção da norma, mas a intenção hipotética adequada ao horizonte histórico-cultural da sociedade.

O historicismo e o racionalismo se apresentam, assim, fortes componentes do pensamento jurídico no século XIX. No século XX, porém, há uma mudança de paradigma, que passa a ser o da prevalência da *interpretação*. O ponto de partida é a consciência de que o legislador tem estrutura fragmentária, havendo múltiplas fontes de emanção. Como dizia Norberto Bobbio, são as normas tão diversas e numerosas que a tentativa de calcular o número delas seria tarefa vã como calcular os grãos de areia em uma praia³⁷. Dada essa multiplicidade, o positivismo é operado como a ciência da legislação posta, que pressupõe a situação específica de que toda a concretização normativa conta com um intérprete final; no caso do século XX, as Cortes Supremas.

A interpretação seria capaz de oferecer ao sistema o atributo da unidade, da não contradição e da completude. Segundo Hans Kelsen, não haveria lacunas no sistema: a lacuna seria uma invenção política, para permitir a criação de uma norma implícita, que é a de que “tudo aquilo que não está proibido está permitido” (norma geral exclusiva)³⁸. A norma geral exclusiva confere unidade ao sistema, na medida em que valora a certeza.

Curioso notar, porém, que, no caso recente do julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, o tema foi a *norma geral inclusiva*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”. A norma geral inclusiva foi pensada como um instrumento capaz de conferir unidade ao sistema, valorando a segurança. Porém, viu-se que mesmo os textos explícitos são alvos de interpretação. Aliás, por ocasião do julgamento dessas ações, alguns Ministros do STF, principalmente os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, fizeram menção expressa ao papel *criativo* do juiz, legitimando a transferência da técnica de extração da norma apenas para o ato da decisão.

O sociólogo Gunter Teubner explica que não é o sistema legal, senão o político (e a força exercida em uma das vertentes weberianas) que decide os princípios políticos fundamentais, que, então, são transportados para a matriz

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 6.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 273.

jurídica e construídos pelo direito constitucional que, em seguida, podem ser alterados para fins jurídicos³⁹. Analisando os paradoxos fundamentais no atual processo de constitucionalização, Gunter Teubner destaca quatro fatores capazes de alterar a referência dos atuais sistemas jurídicos: a forte expansão do direito dos juízes, um novo retorno ao direito natural, o enfraquecimento da estrutura do Estado e a função do indivíduo como centro de gravidade do sistema.

A forte expansão do direito dos juízes parece ser necessidade decorrente da veloz atualização tecnológica. As situações aleatórias que, por vezes, ocorrem com frequência similar às próprias regras não contam mais com premissa maior previamente articulada, a permitir a aplicação do direito pelo tradicional método dedutivo inerente à tradição dos países de matriz romanística. Fica evidenciada a impossibilidade de o direito ser sistematizado do mesmo modo que as ciências naturais, por meio de *topos* e classificações. Entra em cena, assim, a formulação de hipóteses, tomada por alguns como uma função legítima do Poder Judiciário (papel criativo do juiz) e por outros como deturpação do sistema pela via do ativismo judicial.

Além disso, a articulação das antigas *regras* em agora *princípios* resgata a possibilidade de aplicação do direito natural. Vale dizer, o direito natural passa a ser argumento que, como tal, pode ser mais forte ou mais fraco, a depender do contexto. As regras claras de outrora foram transformadas em *princípios* capazes, inclusive, de reagir à constante necessidade de atualização dos conceitos, em decorrência das velozes mudanças tecnológicas.

Também a institucionalização do direito privado passa a apresentar forças concorrentes com o Estado. A percepção do tempo na Era Tecnológica metaforicamente mudou a própria física, no sentido de que hoje a sociedade hiperativa age em conformidade com um relógio interno divergente da lei natural. A resposta estatal, mais burocrática em função das exigências democráticas, tornou-se lentas demais para agir a contento da sociedade que, alternativamente, se organiza com rapidez e tecnicidade.

A própria técnica da tomada de decisão por maioria estimula o individualismo, tão cara aos tempos modernos. Cediço, porém, que pela maioria se obtém um resultado; persistindo, porém, a dúvida imanente sobre

³⁹ TEUBNER, Gunther. Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *Transconstitutionalism*. Ashgate, Farnham 2015.

a questão. As decisões assim tomadas revelam o termo *jurisprudência* como raciocínio precário, já que a prudência não mais decorre de nenhum dogma superior. O Jurista alemão Samuel Pufendorf alertava, em 1963, sobre os efeitos da instabilidade gerada pela dúvida:

E, no entanto, muitas vezes acontece por acaso a alguns homens, especialmente em casos singulares, que argumentos possam ser apresentados de ambos os lados, e eles não são senhores de critério suficiente para discernir claramente quais são os mais fortes e de maior peso.⁴⁰

Essa questão do incômodo inferido ao ser humano pelo estado de dúvida foi bem explorada por Peirce em seu artigo intitulado “*How to make our ideas clear*” (Como tornar claras nossas ideias), publicado em 1878⁴¹. Peirce afirmou que a dúvida é algo irritante para o homem: inconscientemente, buscamos a estabilidade e a paz geradas pela crença, que é a superação da dúvida por meio do hábito, que gera convicção de estarmos agindo da melhor forma. Porém, Peirce alerta que a crença posta em ação desencadeará aplicações concretas e imediatas, mas ressalva que a aplicação futura dessa mesma *ratio* gerará novas dúvidas e forjará crenças atualizadas, em um círculo crescente de novas significações. Tal representa um viés do *falibilismo*, já que o conceito atual prova que o anterior, embora festejado, já não mais satisfaz⁴².

Com a atual tendência de o direito perder força, como algo conceitual em si mesmo, passando a depender da decisão judicial para revelar seu sentido e

⁴⁰ PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p. 60.

⁴¹ PEIRCE, Charles Sanders. *How to make our ideas clear*. *Popular Science Monthly* 12 (January 1878), 286-302. Disponível em: <<http://www.peirce.org/writings/p119.html#:~:text=The%20very%20first%20lesson%20that,for%20great%20and%20weighty%20thought>>. Acesso em: 6 nov. 2020.

⁴² Idem. Texto original: “[...] *And what, then, is belief? It is the demi-cadence which closes a musical phrase in the symphony of our intellectual life. We have seen that it has just three properties: First, it is something that we are aware of; second, it appeases the irritation of doubt; and, third, it involves the establishment in our nature of a rule of action, or, say for short, a habit. As it appeases the irritation of doubt, which is the motive for thinking, thought relaxes, and comes to rest for a moment when belief is reached. But, since belief is a rule for action, the application of which involves further doubt and further thought, at the same time that it is a stopping-place, it is also a new starting-place for thought. That is why I have permitted myself to call it thought at rest, although thought is essentially an action. The final upshot of thinking is the exercise of volition, and of this thought no longer forms a part; but belief is only a stadium of mental action, an effect upon our nature due to thought, which will influence future thinking*”.

alcance, há a crise da mudança de paradigma: decisão e *decisionismo* convivem. As Cortes Superiores percebem a crise do sistema e talvez tentem conformar ou equacionar as questões decorrentes admitindo certo ativismo judicial, com o escopo de garantir a realização da *justiça*. Verifica-se, assim, o deslocamento do direito como algo conceitual de *per se* para algo que só pode ser concretizado no momento da decisão quando entra em ação a interpretação final para um determinado momento da Corte. Essa decisão final, porém, é também histórica, na medida em que novos contextos sociais ou mesmo de formação e composição da Suprema Corte poderão alterar novamente a jurisprudência a respeito do conceito constitucional de não culpabilidade. Nesse sentido, o falibilismo de Peirce apresenta-se bastante atual.

CONCLUSÃO

A jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal não foi sempre uníssona sobre o tema da compatibilidade da execução provisória da pena com o princípio constitucional de presunção de inocência.

Os conceitos jurídicos, outrora evidências orgânicas, depois físicas e posteriormente algo construído pela interpretação, vivem a crise da perda de referência, diante de uma série de fatores. O sistema jurídico agoniza preconizando sua pureza e independência da política. Também o Supremo Tribunal Federal enfrenta desafios colocados pela política e pela força; ambos, bastante fragmentados pela privatização dos interesses na sociedade tecnológica atual.

O Direito existe, como realidade simbólica, mas a atual complexidade de fatores integrantes torna difícil a tarefa de articular regras gerais. O objetivo de certeza, que foi o principal parâmetro das ciências após a Idade Média (com a separação entre a física e a metafísica), hoje cede espaço às probabilidades. As regras jurídicas comportam fórmulas gerais que refletem regularidades, mas jamais conseguem abarcar todos os fenômenos da vida experimental.

Em um primeiro momento, essa tensão entre complexidade fática e regras inflexíveis foi resolvida por meio do parâmetro da interpretação, onde não só o intérprete construía os novos sentidos das regras, atualizando-as do ponto de vista semântico, mas também era capaz de identificar os casos nos quais as regras existentes não se encaixavam.

Porém, a interpretação não mais satisfaz ao atual panorama caótico do direito, em que os silogismos *hipótese-consequência* e *proibição-sanção* entram em conflito com uma racionalidade mais voltada a cada caso concreto. A intersecção do direito com a política muda as relações de prioridade e ascendência das normas, que cedem a contextos complexos da sociedade marcada pelo individualismo e pela falta de referência de algo que seria *comum* à sociedade. A interpretação do direito resulta em processo de semiose na qual os interpretantes são capazes de assumir feições assaz divergentes.

Atualmente, as abstrações jurídicas não contam mais com um valor intrínseco, mas adquirem funcionalidade apenas quando adotadas em um determinado caso concreto. Percebe-se, assim, que os conceitos jurídicos são deslocados para o momento da *decisão judicial*. As decisões judiciais, porém, são tomadas por maioria e os conceitos sofrem alterações importantes em períodos relativamente curtos.

Os questionamentos acerca da existência atual de um sistema jurídico refletem o incômodo causado ao ser humano pelo estado da dúvida. De outra via, a força que está por trás do poder político e da interpretação impõe suposta segurança derivada da crença de que o sistema jurídico possa ser entendido e dissecado pelos métodos tradicionais de investigação. O Direito, porém, enquanto realidade cultural, não é imune ao falibilismo, que, aliás, não o enfraquece, mas apenas confirma seu caráter em permanente evolução.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The path of law*. Collected Legal Papers, 1920.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- PEIRCE, C. S. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Ed. C. Hartshorne, P. Weiss e A. Burks. Cambridge: Harvard University Press, 8 v., 1931-1974.
- _____. *The Essential Peirce*. Peirce Edition Project. Bloomington: Indiana University Press, v. 1, 1998.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. Tempo, caos e as leis da natureza. 2. ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Unesp, 2011.
- PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

SANTAELLA, Lucia. *O método anticartesiano de C. S. Peirce*. São Paulo: Unesp/Fapesp, 2004.

STF. HC 118.770, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 07.03.2017, DJe 24.04.2017.

_____. ARE 1.027.843, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. ARE 1.038.682, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 24.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 139.146, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 140.895-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.012-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.017-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.143-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 20.04.2017, DJe 25.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.216-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2016, decisão monocrática.

_____. HC 142.378-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 18.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.618-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 19.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.625, Rel.^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.750, Rel. Min. Luiz Fux, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.758, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.760-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017.

_____. HC 142.797, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.869-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 27.04.2017, DJe 04.05.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.881, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 142.969, Rel^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 143.002-MC, Rel. Min. Celso de Mello, J. 25.04.2017, DJe 27.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 143.003, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 143.041, Rel^a Min. Rosa Weber, J. 20.04.2017, DJe 26.04.2017, decisão monocrática.

_____. HC 126.292, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016, DJe 17.05.2016.

_____. HC 84.078, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, J. 05.02.2009, DJe 26.02.2010.

_____. Julgamento conjunto ADCs 43, 44 e 54, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 07.11.2019, acórdão pendente de publicação.

_____. RHC 142.463-MC, Rel. Min. Luiz Fux, J. 18.04.2017, DJe 20.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.636, Rel. Min. Roberto Barroso, J. 24.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.843, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.848, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 20.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

_____. RHC 142.897, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26.04.2017, DJe 28.04.2017, decisão monocrática.

TEUBNER, Gunther. Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; FEBBRAJO, Alberto (Ed.). *Transconstitutionalism*. Ashgate, Farnham 2015.

Submissão em: 03.12.2019

Avaliado em: 18.08.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 16.10.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 29.10.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 20.11.2020

A CRIPTOGRAFIA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS. ESTUDO DE CASO SOBRE A ADPF 403 E ADI 5527 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CRYPTOGRAPHY AND ITS LEGAL REFLECTIONS. CASE STUDY ON ADPF 403 AND ADI 5.527 AT THE SUPREME FEDERAL COURT

Giovani Agostini Saavedra¹

Professor de Direito Econômico e Político (Mackenzie, São Paulo/SP, Brasil)

Stela Chaves Rocha Sales²

Mestranda em Direito Político e Econômico (Mackenzie, São Paulo/SP, Brasil)

Roberta Battisti Pereira³

Mestranda em Direito Político e Econômico (Mackenzie, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito digital.

RESUMO: O propósito desse artigo é o de compreender os desafios jurídicos postos diante do uso de criptografia de

ponta a ponta, a partir da compreensão da ferramenta e da análise das decisões judiciais que determinaram o bloqueio do aplicativo *WhatsApp* pelo uso da criptografia ponta a ponta. O trabalho abordou a relação de criptografia com

¹ Doutor em Direito e Filosofia pela *Johann Wolfgang Goethe – Universidade de Frankfurt am Main*. Mestre em Direito pela PUCRS. *E-mail:* giovani.saavedra@saavedra.adv.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5594109824546097>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5269-3844>.

² Pesquisadora do Laboratório de Direito Digital e Democracia, Advogada na área de Direito Digital. Membro do Instituto Liberdade Digital. *E-mail:* stela.rocha.sales@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3586789274100055>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1397-9222>.

³ Pesquisadora do Laboratório de Direito Digital e Democracia e do Instituto Liberdade Digital. *E-mail:* rbattistip@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8745084475722485>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9446-5997>.

direitos fundamentais, como: privacidade, segurança pública, soberania estatal e liberdade econômica. Por fim, o artigo analisou a experiência de alguns países sobre o uso de criptografia de ponta a ponta e a compreensão brasileira sobre o assunto, fazendo um estudo de caso sobre as duas ações que tramitam no STF, a ADI 5.527 e ADPF 403, ambas envolvendo os bloqueios dos serviços prestados pelo *WhatsApp*, motivadas pela impossibilidade de quebra de criptografia de ponta a ponta.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to understand the legal challenges posed by the use of end-to-end encryption, by comprehending the tool and analyzing the judicial decisions that determined the blocking of the WhatsApp Application by using end-to-end encryption. The work addressed the relationship of cryptography with fundamental rights, such as privacy, public security, state sovereignty, and economic freedom. Finally, the article analyzed the experience of some countries on the use of end-to-end cryptography and the Brazilian understanding on the subject, making a case study on the two actions that are being processed in the STF, ADI 5.527, and ADPF 403, both involving the blocking of services provided by WhatsApp, motivated by the impossibility of breaking end-to-end encryption.*

PALAVRAS-CHAVE: criptografia; privacidade; segurança.

KEYWORDS: *cryptography; privacy; safety.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves comentários sobre criptografia; 2 Desafios jurídicos em torno da criptografia; 3 Como os países tem enfrentado a criptografia; 4 A ADPF 403 e a ADI 5527 interpostas no STF e o conflito jurídico instaurado em torno da criptografia; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Brief comments on encryption; 2 Legal challenges around cryptography; 3 How countries have faced cryptography; 4 ADPF 403 and ADI 5527 filed with the STF and the legal conflict surrounding cryptography; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é marcada pelo crescimento exponencial do uso da Internet e das tecnologias de informação e comunicação. E entre as tecnologias destacam-se os provedores de aplicação, que passaram a ser grandes aliados nas relações pessoais e profissionais. O *WhatsApp*, aplicativo de troca de mensagens instantâneas e um dos aplicativos mais utilizados no mundo, conta, hoje, com mais de 2 bilhões de usuários⁴ e

⁴ *Whatsapp* atinge 2 bilhões de usuários. *Forbes*, Brasil, Negócios, 12 fev. 2020. Disponível em: <<https://forbes.com.br/last/2020/02/whatsapp-atinge-2-bilhoes-de-usuarios/>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

tem sido ferramenta importante para diversas esferas da sociedade: utilizam o aplicativo não apenas pessoas físicas, mas também pequenas, médias e grandes empresas que usam o provedor para impulsionar seus negócios, centros médicos para marcar consultas, sistema judiciário para notificar sobre processos e até mesmo organizações do terceiro setor para facilitar doações.

O *WhatsApp* é um dos grandes exemplos de serviço *on-line* que faz uso da criptografia de ponta a ponta, mas não é o único, diversos provedores de aplicação usam a tecnologia como forma de proteção aos seus usuários contra invasão de terceiros. Em tempos de pandemia de Covid-19, os ataques cibernéticos se intensificaram na mesma proporção que o tempo em que as pessoas permanecem conectadas, e tornou-se fundamental a manutenção de sistemas com alto nível de segurança dos usuários que proporcionem não apenas segurança contra informações de seus usuários, mas especialmente segurança com relação à proteção da privacidade, à liberdade de expressão e à liberdade econômica.

Para que seja possível a compreensão em torno dos desafios jurídicos que essa tecnologia impõe, faz-se necessário compreender a criptografia enquanto ferramenta e a função para a qual foi criada, além de investigar se, de fato, a “decriptação” é possível e por qual meio. Na sequência, pretende-se analisar os conflitos jurídicos em torno da criptografia, o caso instaurado no Supremo Tribunal Federal envolvendo os bloqueios dos serviços prestados pelo *WhatsApp*, motivados pela impossibilidade de quebra da criptografia de ponta a ponta, bem como a experiência internacional sobre a legitimidade do uso de criptografia.

1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE CRIPTOGRAFIA

A necessidade de se manter a comunicação privada e segura subsiste ao longo dos anos. Com o surgimento da Internet, o fluxo constante de informações e a predominância da comunicação *on-line*, verificou-se a imprescindibilidade de meios sofisticados para proteger dados do governo, empresas e particulares. Isso porque depositamos grande parte das informações de nossas vidas em nossos dispositivos móveis. Como precisamente exposto no voto da Relatora da ADI 5.527⁵, Ministra Rosa Weber: “Parte significativa da vida privada de milhões de

⁵ BRASIL. STF, ADI 5.527, Rel^a Min. Rosa Webber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

peças descoltam-se por meio dos aparelhos celulares, que quando ativados em nossas mãos convertem-se em janelas luminosas de nossa intimidade”.

Assim, a vigilância, a reunião de dados específicos dos usuários, os ataques digitais contra a sociedade civil e a censura das atividades em linha despertaram a sociedade para a necessidade das pessoas de um nível maior de segurança para buscar, receber e difundir informações de qualquer espécie, sem que isso resultasse em riscos de repercussões, divulgações e vigilância de suas opiniões ou expressões.

Conforme o manual da segurança dos computadores NIST [NIST95]⁶, o termo segurança de computadores baseia-se em três objetivos principais, sendo eles confidencialidade, integridade e disponibilidade. Esses três conceitos abrangem os objetivos fundamentais de segurança tanto para dados quanto para serviços de informação e computação, formando, assim, a chamada tríade CIA (*confidentiality, integrity and availability*). Assim, no âmbito da segurança da informação, a criptografia – a arte da escrita secreta – desempenha um papel vital, provando ser uma ferramenta primária em segurança de informação, garantindo os objetivos fundamentais da tríade⁷.

Até a década de 1970, a criptografia era utilizada unicamente por setores governamentais, “até o momento em que criptografadores independentes surpreenderam o mundo, demonstrando que a privacidade pode ser fabricada ‘de ponta a ponta’⁸ sem a ajuda de quaisquer recursos centralizados”. Mas somente no final de 1980 surgiu a primeira aplicação criptográfica de massa, por meio do sistema de telefonia móvel digital. No entanto, foi o crescimento exponencial da Internet e, conseqüentemente, dos provedores de aplicação financeiro, como os bancos eletrônicos, que a criptografia passou a ser amplamente utilizada pela população, ainda que inconscientemente:

Com a popularização da criptografia para uso de particulares, contudo, classificá-la como apenas produto de uso militar ou civil se tornou uma tarefa

⁶ NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. *An Introduction to Computer Security: The NIST Handbook*. Special Publication 800-12, out. 1995.

⁷ KOOPS, E. J. *The Crypto Controversy: A Key Conflict in the Information Society*. Kluwer Law International. London/Boston: The Hague, 1998. p. 19.

⁸ DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan. *Privacy on the Line The Politics of Wiretapping and Encryption*, London: Massachusetts Institute of Technology, v. 7, n. 3, p. 313, 2007 (ISSN 2236-1677).

difícil. A criptografia utilizada para proteger uma mensagem entre militares de alta patente se tornou extremamente semelhante àquela adotada para proteger uma transferência bancária ou uma mensagem de e-mail entre particulares. Mesmo quando passou a ser considerada produto de uso duplo (tanto civil quanto militar), contudo, a tecnologia em suas implementações mais fortes permaneceu classificada como “munição” (“Munition”) e, em decorrência disso, teve sua exportação consideravelmente limitada pelo International Traffic in Arms Regulation (ITAR).⁹

A criptografia envolve três conceitos básicos: o texto claro, o texto cifrado, a encriptação e a decifração. A mensagem original é chamada de texto claro (*plaintext*) e a mensagem codificada é nominada como texto cifrado (*ciphertext*). Quando falamos de cifração ou encriptação, trata-se do processo de conversão do texto claro ao texto cifrado. Por sua vez, a decifração ou decifração diz respeito à restauração do texto cifrado para o texto claro¹⁰.

A criptologia é um termo geral que abarca o estudo de dois ramos, a criptoanálise e a criptografia. A primeira consiste no estudo das técnicas empregadas para decifrar a mensagem, ou seja, “a arte de quebrar sistemas criptográficos”, sendo de essencial importância para os sistemas criptográficos modernos, pois, como bem ressalta Christof Paar¹¹, sem pessoas que tentam quebrar métodos criptográficos nunca iremos saber se eles são seguros ou não. Por sua vez, a criptografia em si pode ser definida como a “ciência da escrita secreta com o objetivo de ocultar o significado de uma mensagem”. A realidade é que, sem perceber, todos utilizam a criptografia diariamente, principalmente porque a intensificação de troca de dados surgiu da necessidade de meios de

⁹ LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *Crypto Wars* e bloqueios de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba: UFPR, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018.

¹⁰ STALLINGS, William. *Criptografia e segurança de redes*. 6. ed. Trad. Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

¹¹ PAAR, Christof; PELZL, Jan. *Understanding Cryptography: a textook for students and practitioners*. New York: Springer Heidelberg Dordrecht London, 2009. p. 3.

comunicação privados e seguros, conforme destaca o *Travel guide to the digital world: Encryption policy for human rights defenders*¹²:

Manter dados e comunicações privados e seguros. Esse talvez seja o motivo mais comum pelo qual as pessoas usam criptografia. A criptografia nos permite comprar, depositar, enviar e receber comunicações sem medo de interferência ou vigilância. [...]

Receber os dados como pretendidos. A criptografia garante a integridade dos dados; em outras palavras, que os dados recebidos são exatamente iguais ao que foram enviados, sem adição, exclusão ou exclusão modificação. (tradução livre)

Na maioria dos casos, o uso da criptografia não é percebida em razão da utilização de serviços que já incorporam essa tecnologia. Assim, a criptografia é utilizada para abrir a porta do carro por um dispositivo de controle remoto, conectar-se à Internet sem fio, comprar mercadorias com cartão de crédito, comunicar-se por meio de serviços de mensageria privada, utilizar navegadores de Web, programas de *e-mail* e até mesmo para cometer crimes.

E é especificamente nesse último ponto que a controvérsia da criptografia fica mais clara. Isso porque a mesma tecnologia que garante a privacidade e os avanços também é utilizada para o planejamento e cometimento de ilícitos. De um lado, há a crescente necessidade da sociedade de consumir produtos e serviços *on-line* de forma privada e segura, e, de outro, a crescente preocupação de que a proteção oferecida por serviços criptografados possa ser utilizada para uso ilícito, de forma a encobrir crimes.

Na obra *The Crypto Controversy: A Key Conflict in the Information Society*, publicada em 1999, Koops¹³ já afirmava que a criptografia emergia com um grande problema para os governos, e questionava: “Como equilibrar os interesses conflitantes da privacidade e da segurança da informação, por um lado, com os interesses da aplicação da lei e da segurança nacional, por outro?” Sabe-

¹² GLOBAL PARTNERS DIGITAL. *Travel Guide to The Digital World: Encryption Policy for Human Rights Defenders*. London, 2017. Disponível em: <<https://www.gp-digital.org/wp-content/uploads/2017/09/TRAVELGUIDETOENCRYPTIONPOLICY.pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

¹³ KOOPS, E. J. *The Crypto Controversy: A Key Conflict in the Information Society*. Kluwer Law International. London/Boston: The Hague, 1998. p. 19.

se que a proteção da segurança nacional e o cumprimento de leis são valores básicos da sociedade; entretanto, por vezes competem com outro valor básico, a privacidade. A competição entre esses valores é quase injusta, já que a segurança nacional e a aplicação da lei são constituições políticas que são representadas pela maioria das organizações da sociedade.

Assim, “a privacidade não tem muito ‘músculo’ por trás dela. Como resultado, embora um apego à privacidade perdure e às vezes cresça, a privacidade é frequentemente violada”¹⁴. Com todos os avanços tecnológicos, frequentes monitoramentos e coletas de dados, o direito de ser deixado só, proposto em 1890 por Louis Brandeis e Samuel Warren, talvez não seja tão realista na atual sociedade informacional, especialmente porque:

[...] em um mundo que diariamente invade nosso espaço pessoa, privacidade e confidencialidade no discurso permanecem importantes para a psique humana. Pensamentos e valores ainda se desenvolvem nas tradições milenares de fala, reflexões, argumentos, verdade e privacidade são essenciais. Nossas conversas podem ser com pessoas que estão longe, e a mídia eletrônica talvez possa transmitir discussões que podem ter ocorridos sobre uma mesa de cozinha ou em uma caminhada para o trabalho. Mas a confidencialidade – e a percepção de confidencialidade – são tão necessárias para a alma da humanidade como fazer pão é para o corpo.¹⁵

A partir das reflexões suscitadas, analisaremos no próximo capítulo os desafios jurídicos da criptografia, em especial no território brasileiro, e como os entraves com o sistema criptográfico não se limitam ao campo da segurança pública.

¹⁴ DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan. *Privacy on the Line The Politics of Wiretapping and Encryption*, London: Massachusetts Institute of Technology, v. 7, n. 3, p. 313, 2007 (tradução nossa). No original: “Privacy has no such muscle behind it. As a result, although an attachment to privacy endures and at times grows, privacy is often violated”.

¹⁵ *Ibidem*, p. 185 (tradução nossa). No original: “But in a world that daily intrudes upon our personal space, privacy and confidentiality in discourse remain important to the human psyche. Thoughts and values still develop in the age-old traditions of talk, reflection, and argument, and trust and privacy are essential. Our conversations may be with people who are at a distance, and electronic media may transmit discussions that once might have occurred over a kitchen table or on a walk to work. But confidentiality – and the perception of confidentiality – are as necessary for the soul of mankind as bread is for the body”.

2 DESAFIOS JURÍDICOS EM TORNO DA CRIPTOGRAFIA

Nos anos de 2015 e 2016, o *WhatsApp* sofreu sucessivas suspensões de seus serviços no Brasil, pelo fato de ter se recusado a entregar em juízo o conteúdo de mensagens veiculadas no aplicativo. As ordens judiciais foram descumpridas pela empresa sob a alegação de impossibilidade técnica de cumprimento, considerando que seu sistema conta com criptografia de ponta a ponta, o que impede a interceptação de mensagens em tempo real. Apesar de o método de codificar mensagens ser usado há bastante tempo, inclusive pelo Estado, a discussão jurídica em torno da tecnologia tomou corpo recentemente quando a criptografia apresentou óbice ao poder do Estado.

O argumento do Juiz Marcel Maia Montalvão, prolator de uma das decisões mais emblemáticas de bloqueio do *WhatsApp*, deixa claro alguns dos desafios jurídicos impostos em torno da criptografia. Sob as lentes do Estado, nota-se a preocupação com a impossibilidade de interceptação das mensagens em tempo real, liberdade econômica e soberania nacional.

Ora, é de clareza solar o perfeito enquadramento do comportamento arredo da Facebook no caso presente, e em tantos outros, neste País de vasta extensão territorial, considerando o 5º, maior no mundo neste particular. Vale dizer, obrigada está aquela recalcitrante em se submeter às leis brasileiras, pouco importando que sua controladora deite berço nos Estados Unidos. O fato é que oferece serviços no Brasil e aqui está instalada, auferindo lucros bilionários, conforme seu objetivo precípua. Em casos de ordens judiciais, deve, sim, atender ao cumprimento destas, sob pena de “governar este país”. Não fazendo, determinadas sanções serão aplicadas para dizimar seu comportamento violador das normas vigentes no Brasil. Os reflexos e as consequências de sua rebeldia somente àquela podem ser atribuídos, a par de invocar, sabiamente, mas sob subterfúgios, prejuízos a milhões de seus usuários, como se preocupada estivesse desde sempre.¹⁶

¹⁶ Nesse período, uma série de decisões judiciais foram exaradas, solicitando o bloqueio do *WhatsApp*. Uma das sentenças de maior repercussão foi a exarada pelo Juiz Marcel Maia Montalvão da Vara

Nessa perspectiva, a criptografia acaba implicando um desafio ao Estado à medida que, pelo menos à primeira vista, enfraquece seu poder de vigilância como um todo. Um exemplo é a decisão referida, segundo a qual o Estado interpreta a impossibilidade de interceptação de mensagens e de quebra de sigilo, como abuso da liberdade econômica por parte do *WhatsApp*, além de enfraquecimento da soberania e ameaça à segurança pública.

Com o avanço dos debates jurisprudenciais sobre o *Whatsapp*, percebeu-se que a tecnologia empregada pelo *WhatsApp* impede não apenas ele, enquanto empresa, mas qualquer terceiro de interferir nas mensagens trocadas no aplicativo. Essa peculiaridade não é da plataforma, mas da tecnologia empregada, e não pode ser considerada um *bug* do sistema ou uma falha da empresa pela criação de uma tecnologia que impossibilita seu criador de ter acesso ao conteúdo que nele trafega. A criptografia de ponta a ponta também não indica estratégia da empresa para impedir a entrega de dados. A tecnologia empregada faz parte do modelo de negócio da empresa, que foi desenhado para oferecer privacidade, intimidade e liberdade de comunicação ao usuário. Neste contexto, o Desembargador Alvides Leopoldo e Silva Junior, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2184235-15.2016.8.26.0000, manifestou-se sobre a tecnologia:

[...] tal mensagem já estava protegida por criptografia ponta-a-ponta, o que passou a ser adotado pela *WhatsApp* desde o mês de abril/2016, o que significa que, sendo cifradas as mensagens, a provedora não tem como ler ou rastrear mensagens compartilhadas ou a origem da transmissão inicial, *sem precedente infiltração em grupos de conversas ou em canais ou hackeamento do aparelho*, mas apenas os usuários de cada extremo da mensagem protegida. [...].¹⁷ (grifo nosso)

As decisões de bloqueio fundamentaram-se no art. 12, III, do Marco Civil da Internet¹⁸. Todavia, discute-se, se as ordens judiciais de suspensão de serviços

Criminal da Comarca de Lagarto no Sergipe, nos autos do Processo nº 201655090143, em 2016. A recusa da empresa motivou a suspensão dos serviços em todo o Brasil.

¹⁷ TJSP, Agravo de Instrumento nº 2184235-15.2016.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Junior, J. 21.02.2017.

¹⁸ “Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma

encontram amparo no Marco Civil da Internet (“Marco Civil”), afinal, da leitura atenta do art. 12 do MCI percebe-se que o preceito legal é voltado à proteção da privacidade, e não ao contrário. O art. 12, no entanto, dispõe sobre a penalidade de suspensão dos serviços, para os aplicativos que violem os direitos previstos nos arts. 10 e 11¹⁹, que tratam da preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas e dos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. Percebe-se que o que é apenada é a violação da privacidade e de outros direitos dos usuários e, portanto, não há nada no Marco Civil da Internet que autorize a suspensão de serviços por ausência de cumprimento de ordem judicial que determine a entrega de conteúdo de mensagens. De acordo com o Marco Civil, as penalidades de suspensão temporária das atividades de provedores de conexão e de aplicações de Internet somente podem ser aplicadas nas hipóteses de descumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. Nesse sentido, é oportuno ressaltar o entendimento doutrinário sobre o tema:

O Marco Civil da Internet, em especial no seu art. 12, não autoriza qualquer intervenção na infraestrutura da rede, muito menos o bloqueio de sites e aplicações de Internet, mas, ao contrário, preza pelo exercício da liberdade de expressão também no ambiente virtual. A razão disso é clara: o legislador não tinha como objetivo criar uma sanção que retirasse os serviços

isolada ou cumulativa: [...] suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11;

[...]”

¹⁹ “Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

[...]

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

[...]”

do ar pela desobediência de uma ordem judicial, mas sim uma sanção que impossibilitasse as empresas de continuarem tratando os registros, dados pessoais e comunicações de forma irresponsável.²⁰

Por óbvio, nem o provedor de aplicação nem qualquer pessoa física ou jurídica está desobrigada de cumprir uma ordem judicial legítima. O que se observa, no entanto, é que a ordem judicial de suspensão de serviço de comunicação, por ausência de entrega de mensagens, não encontra amparo no Marco Civil da Internet. Algumas inquietações surgem: A criptografia de ponta a ponta de fato impede órgãos de segurança pública de investigação de ilícitos? A quebra da criptografia resolverá os problemas da persecução penal dos infratores? As plataformas digitais que fazem uso da criptografia de ponta a ponta estão afrontando a soberania nacional? A quebra da criptografia significa aumento ou redução da segurança pública?

O fato é que essa tecnologia tem sido colocada em xeque pelo Estado, sob o argumento de impedir a segurança pública em determinados casos. No entanto, como exposto no questionamento anterior, é necessário refletir se, de fato, essa tecnologia tem impedido os órgãos de segurança pública de realizarem o trabalho de investigação e persecução penal frente às novas tecnologias e se a quebra da criptografia poderia significar êxito no deslinde de crimes e no fim do tráfico de drogas. Reportagem do Jornal *O Globo*, de 2016, relata que a Polícia Federal teria infiltrado agentes para driblar a criptografia. Essa operação ficou conhecida como “Hashtag”, e a abordagem policial em grupos de conversa dos aplicativos *WhatsApp* e do *Telegram*, usados supostamente por adeptos do Estado islâmico, resultou na obtenção de informações sobre eventuais atentados que poderiam vir a acontecer nos Jogos Olímpicos do Rio 2016²¹.

Na verdade, porém, a quebra da criptografia ponta a ponta não facilitará a persecução penal de infratores, o que possivelmente ocorrerá é a migração do infrator para outro tipo de plataforma e a vulnerabilidade dos cidadãos,

²⁰ VIOLA, Mario; ITAGIBA, Gabriel. Bloqueio de aplicações. In: SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (Coord.). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

²¹ MATSUURA, Sérgio; SCHIMITT, Luiz Gustavo. PF pode ter infiltrado agentes para driblar criptografia em apps. *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/pf-pode-ter-infiltrado-agentes-para-driblar-criptografia-em-apps-19758949>>. Publicado em 21/07/2016>. Acesso em: 14 jun. 2020.

que nenhuma relação possuem com ilícitos criminais²². Percebe-se, assim, que a ausência de criptografia não exporá o infrator, mas o cidadão cumpridor de seus deveres. Não foi o surgimento da criptografia de ponta a ponta que inviabilizou a investigação criminal. Há muitos outros meios de investigação e muitas outras deficiências estatais que não são estão ligadas à tecnologia. São problemas estruturais muito mais sérios, como corrupção, falta de investimento público, de auditoria, de programas de integridade, deficiência de mão de obra, entre outros. Como se observa, os desafios jurídicos em torno da criptografia de ponta a ponta não se resumem em um debate binário entre segurança pública e privacidade.

3 COMO OS PAÍSES TEM ENFRENTADO A CRIPTOGRAFIA

Uma das formas mais antigas de representação do exercício da soberania é o controle da comunicação. O crescimento da Internet e das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) foi e ainda continua sendo constante e ascendente. A informação migrou para o mundo *on-line*, sendo cada vez mais difícil nos desvincularmos da revolução informacional. Assim, “à medida que a sociedade evolui, particularmente à medida que a tecnologia evolui, o poder do governo de controlar as comunicações muda”²³.

Com a evolução criptológica não foi diferente, conforme pontuado no primeiro capítulo. Foi a partir do custo decrescente da computação e do aumento das necessidades civis da década de 70 que acadêmicos passaram a explorar a arte de criptografar. O poder de criptografar antes centralizado nas mãos governamentais passou a ser desenvolvido por entes privados. Essa “abertura” da criptografia gerou preocupação e diversos governos buscaram controlar a sua difusão. Em razão do caráter global da Internet, o debate político a respeito da encriptação de conteúdos precisa ser abordado de forma conjunta. Diversas organizações internacionais construíram normas conjuntas de política

²² Ver a esse respeito o voto da Ministra Rosa Weber: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5.527, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

²³ DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan. *Privacy on the Line The Politics of Wiretapping and Encryption*, London: Massachusetts Institute of Technology, v. 7, n. 3, 2007 (tradução nossa). No original: “As society evolves, particularly as technology evolves, the government’s power to control communications changes”.

de encriptação. Uma delas é a recomendação da OCDE de 27 de março de 1997, que estabelece orientações para a política de criptografia²⁴.

A Organização das Nações Unidas elaborou um relatório, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos, ressaltando que a criptografia e o anonimato são conceitos que proporcionam a privacidade e a segurança necessárias para o exercício da liberdade de expressão na era digital, sendo essenciais para o exercício de diversos outros direitos. Em uma de suas recomendações, David Keyne afirmou que os Estados não devem restringir a encriptação, e, caso houver, deve ser estritamente limitada de acordo com alguns princípios, como proporcionalidade, legitimidade e necessidade²⁵.

Em um recente relatório, a Unesco expôs cinco estudos de casos sobre países e suas estruturas legais e políticas em relação à encriptação, analisando a tipologia geral de possíveis limitações e também de medidas positivas sobre a tecnologia. Entre as constatações, verificou-se uma variedade grande de limitações impostas à encriptação, podendo equivaler à proibição geral do uso, a condições sobre o uso, a neutralização, os mandados de desincriptação para que provedores de comunicação sejam capazes de ajudar no acesso legal do conteúdo, o que representa proibição no desenvolvimento de criptografia de ponta a ponta.

Verificou-se, também, a presença de algumas legislações positivas que estabelecem medidas de estímulo à adoção de encriptação por diversos atores da sociedade. Além disso, constataram que as leis de privacidade de dados também incentivam e determinam a implantação e o cuidado da criptografia²⁶.

Uma das mais recentes manifestações do embate entre o Poder Público e Privado relacionada à tentativa dos governos em ter acesso legal de conteúdo foi a carta enviada por autoridades dos Estados Unidos, do Reino Unido e da Austrália ao CEO do Facebook, Mark Zuckerberg. No documento, as autoridades

²⁴ Disponível em: <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/guidelinesforcryptographypolicy.htm>>. Ver, a esse respeito também: <<https://www.oecd.org/sti/consumer/34023696.pdf>> [Criptografia no C(97)62/FINAL], documentos acessados em 28 jun. 2020.

²⁵ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. Relatório do Relator Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, *Frank La Rue*. A/HRC/23/40. 17 de abril de 2013. § 47, p. 21. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85>.

²⁶ UNESCO. Direitos humanos e criptografia. Série da Unesco sobre liberdade na Internet. Trad. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS). França, 2016. p. 36 (ISBN 978-92-3-100185-7). Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/10/direitos-humanos-e-criptografia-1.pdf>>.

alertam que o aprimoramento da criptografia de ponta a ponta nos serviços de mensagens dificultaria a prevenção de crimes, como exploração infantil, e, por esse motivo, solicitaram que a empresa viabilizasse uma “forma de acesso legal ao conteúdo em um formato legível e usável”, por meio das chamadas *backdoors*²⁷. Esse pedido, do Estados Unidos, do Reino Unido e da Austrália, no entanto, vai de encontro à posição de diversos países, que se posicionaram contra a implementação de um acesso excepcional pelo Estado:

[...] certos países, como a Alemanha ou os Países Baixos, assumiram uma posição rigorosa contra as restrições de encriptação na Internet. Em uma declaração conjunta, a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação (*European Agency for Network and Information Security* – “ENISA”) e a Europol também tomaram uma posição contra a introdução de *backdoors* em produtos de encriptação. Recentemente, os Ministros do Interior da França e da Alemanha afirmaram conjuntamente a necessidade de trabalhar em soluções para os desafios que a aplicação da lei pode enfrentar como resultado da encriptação de ponta-a-ponta, em particular, quando oferecida por uma jurisdição estrangeira.²⁸

Embora existam diversas iniciativas legislativas e julgados favoráveis ao uso da tecnologia, como é o caso brasileiro apresentado no próximo capítulo, diversos países se posicionam favoráveis à interferência na encriptação de ponta a ponta. No entanto, tal interferência não encontra aplicabilidade prática e científica, porque a maioria das propostas é impossível de aplicação ou ineficazes.

Conforme pronunciado pela Unesco, essas iniciativas “reduziriam a segurança para todos ao criar vulnerabilidades e não conseguiriam alcançar seus objetivos finais. As restrições teriam também efeitos prejudiciais graves na segurança cibernética e comércio eletrônico”²⁹. Além do mais, é necessário não só considerar os interesses governamentais, mas também daqueles que

²⁷ MCALEENAN, Kevin K.; DUTTON, Hon Peter; PATEL, Priti Hon. Open Letter: Facebook’s “privacy first” Proposals. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1207081/download>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

²⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁹ *Ibidem*, p. 38.

usufruem diariamente da criptografia. Após escândalos de vazamento de dados de usuários, as empresas tecnológicas buscaram aumentar o uso da encriptação para garantir a proteção de informações e comunicações. Assim, o incentivo contrário por parte do governo pode resultar em um retrocesso quanto à proteção de dados pessoais, liberdade de expressão, comunicação e liberdade econômica.

4 A ADPF 403 E A ADI 5527 INTERPOSTAS NO STF E O CONFLITO JURÍDICO INSTAURADO EM TORNO DA CRIPTOGRAFIA

Como explanado no primeiro capítulo, a criptografia impede que terceiros possam monitorar, armazenar ou modificar o conteúdo trocado pelos usuários, incluindo o próprio *WhatsApp*. A Polícia Federal, parte autora de uma das ações propostas contra o *WhatsApp*, pleiteava o conteúdo das mensagens trocadas no aplicativo para a investigação de crimes, sob o argumento de que a recusa da empresa na entrega de informações prejudicava a segurança pública. Considerando a repercussão nacional que a suspensão dos serviços ocasionou, especialmente pelo fato de ter atingido boa parte da população brasileira que usa o aplicativo para seus relacionamentos pessoais e profissionais, o Partido Popular Socialista e o Partido da República ingressaram com duas ações no STF sobre o tema.

Uma das ações é a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 4030), que foi motivada pela suspensão dos serviços do aplicativo *WhatsApp*, em todo território nacional, pelo prazo de 72 horas, em cumprimento à decisão de 02.05.2016, exarada nos autos da Medida Cautelar nº 201655000183, da Vara Criminal de Lagarto/SE. Apesar de o *WhatsApp* ter informado que não possuía capacidade técnica de acessar as mensagens de seus usuários por conta da criptografia de ponta a ponta, o Juiz de Lagarto/SE entendeu a recusa da empresa como desobediência e proferiu a seguinte decisão:

[...] não se mostra razoável a rebeldia da empresa em querer impor uma desobediência confessa à legislação nacional. Mantendo-se nesse comportamento arredo aloca-se a ilegalidade. Ou seja, encontra-se em território brasileiro atuando ilegalmente, sob os olhares inertes de quem dever/poder de vigilância deveria ser exercido a fim de obstar o desrespeito provocador de uma Empresa que se arvora em descumprir as ordens de diversos Juízos no território brasileiro, levando este Magistrado

a determinar a prisão do seu Vice-Presidente para a América Latina, em data muito recente. Aqui, não se atribui ao *Facebook* a responsabilidade direta por uma organização criminosa, pelo que se apresenta. Mas, diante de sua recalcitrância inconcebível, contribui para tanto, por razões unicamente comerciais e seu desejo, legal, de lucros bilionários. A conhecida “febre do ouro”.³⁰

O PPS buscou a Suprema Corte por meio da ADPF, para ser declarada a impossibilidade de os provedores de aplicação serem obrigados a entregar o conteúdo das mensagens veiculadas em seus aplicativos, por entender que tal medida representa uma violação ao direito à liberdade de comunicação, prevista no art. 5º, IX, da Constituição Federal. Em liminar, nos autos da ADPF, o Ministro Ricardo Lewandowski se posicionou contra a suspensão do serviço, entendendo que a medida era desproporcional e ofendia a liberdade de expressão:

A suspensão do serviço do aplicativo *WhatsApp*, que permite a troca de mensagens instantâneas pela rede mundial de computadores, da forma abrangente como foi determinada, parece-me violar o preceito fundamental da liberdade de expressão aqui indicado, bem como a legislação de regência sobre o tema. Ademais, a extensão do bloqueio a todo o território nacional, afigura-se, quando menos, medida desproporcional ao motivo que lhe deu causa.³¹

A segunda ação, ADI 5527, proposta pelo Partido da República, foi motivada por três sucessivas decisões proferidas por juízos criminais determinando o bloqueio do *WhatsApp* em todo o território nacional, em razão da sua impossibilidade de cumprir ordens de interceptação de mensagens dos usuários do aplicativo. O objeto da ADI 5527 é a inconstitucionalidade da penalidade de suspensão de aplicativos de troca de mensagens, em caso de descumprimento de ordem judicial, imposta nos incisos III e IV do art. 12 do

³⁰ TJSE, Juízo da Vara Criminal da Comarca de Lagarto, Processo nº 201655090143, Juiz Marcel Maia Montalvão, J. 26.04.2016.

³¹ BRASIL. STF, ADPF 5527, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403voto.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

Marco Civil da Internet, considerando especialmente a função social desse tipo de serviço.

O Ministro Edson Fachin, Relator da ADPF, e a Ministra Rosa Weber, Relatora da ADI 5527, realizaram audiência pública em 2 e 5 de junho 2017. Foram ouvidas as partes, terceiros interessados e diversos *amicus curiae*, que trouxeram importantes contribuições aos autos, não apenas sob o viés técnico, da ferramenta em si, mas também do ponto de vista social, econômico e até político. Destaca-se posicionamento do Comitê Gestor da Internet e da Associação Brasileira de Magistrados, enquanto *amicus curiae*. O primeiro favorável ao uso de criptografia em tecnologias atuais e o segundo contrário:

A criptografia e outras tecnologias de segurança da informação são convergentes à ordem pública, na medida em que a sua adoção e difusão são barreiras de contenção à escalada de crimes cibernéticos e de atividades de vigilância em massa. Pode-se dizer que para cada uso ilícito de tais tecnologias, há uma plethora de usos legítimos que não se restringem à proteção da privacidade de indivíduos, mas sobretudo – e em um número significativo – de transações comerciais, de informações governamentais confidenciais, entre outras coisas.

Não viola o princípio da livre comunicação e da continuidade do serviço, porque a eventual decisão de suspensão ou de proibição do serviço decorrerá da conduta do *WhatsApp* ou congêneres de não se submeter à legislação penal brasileira.

O julgamento das ações iniciou em 27.05.2020 com a leitura dos votos dos Relatores. A Ministra Rosa Weber, Relatora da ADI, foi a primeira a pronunciar seu voto e fez ponderações importantes para a sociedade, entre elas que o Estado não pode compelir a empresa a oferecer um serviço menos seguro e vulnerável para cumprir ordem judicial a respeito, o que significaria tornar ilegal a criptografia. Pontuou que a criptografia consiste em uma ferramenta indispensável para garantir o direito à privacidade e que o argumento de que ela é usada para ilícito criminal não a deslegitima, afinal, a “descriptografia” não seria um óbice para a atividade ilícita, usuários criminosos migrariam para

outro meio de comunicação. Assim, em sede de ADI, concluiu que as *mens legis* das sanções do art. 12 do Marco Civil da Internet é voltada à proteção da privacidade, e não ao contrário. O que é apenada é a violação da privacidade e de outros direitos dos usuários. Não há nenhum dispositivo, no Marco Civil da Internet, que autorize a suspensão de serviços por ausência de cumprimento de ordem judicial que determine a entrega de conteúdo de mensagens.

O voto da Ministra foi pela improcedência quanto à declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014 e procedente quanto ao pedido de interpretação conforme a constituição do art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/2014. A decisão da Relatora declarou, ainda, que o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Além disso, determinou em seu voto que as penalidades de suspensão temporária das atividades de provedores de conexão e de aplicações de Internet somente podem ser aplicadas nas hipóteses de descumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, o que impede novos bloqueios do *WhatsApp* por negativa de entrega de mensagens criptografadas de seus usuários.

O Ministro Edson Fachin, Relator da ADPF 403, em seu voto, entendeu procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º quanto do inciso III do art. 12 da Lei nº 12.965/2014, e deslegitimou qualquer ordem judicial que exija acesso a conteúdo de mensagem criptografada ponta a ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da Internet. O voto do Ministro Edson Fachin asseverou que ordens judiciais, ainda que para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não podem obrigar provedores de aplicação a mudarem seu sistema de criptografia. E mais, que

o risco causado pelo uso da criptografia ainda não justifica a imposição de soluções que envolvam acesso excepcional ou ainda outras soluções que diminuam a proteção garantida por uma criptografia forte, penso

que não há como obrigar que as aplicações de internet que ofereçam criptografia ponta-a-ponta quebrem o sigilo do conteúdo de comunicações, ao menos à luz das informações que traduzem o consenso científico atual sobre a matéria. [...] Em síntese, senhor Presidente e eminentes pares, no atual estágio de desenvolvimento da Internet, a criptografia forte é, de acordo com as principais evidências científicas, o mecanismo por excelência de garantia do relevantíssimo direito à privacidade.³²

Apesar de o Ministro Alexandre de Moraes ter pedido vista e suspenso o julgamento das duas ações, restou cristalina a importância do avanço de novas tecnologias para a tutela da integridade do cidadão em ambiente *on-line*.

CONCLUSÃO

Observamos, nos últimos meses, impulsionado pela pandemia de Covid-19, um verdadeiro êxodo do ambiente *off-line*. Houve um acelerado movimento migratório do mundo “real” para o *on-line*, o que modificou drasticamente a forma das pessoas se relacionarem. No momento atual de pandemia, os aplicativos de videochamada passaram a ser considerados serviços imprescindíveis para se manter o ensino a distância, os negócios funcionando, as famílias se reunindo, os julgamentos acontecendo. No entanto, um desses aplicativos foi objeto de escândalos e queda do preço de suas ações por não manter um alto nível de criptografia em seus serviços. Como se vê, ainda que diversos outros avanços no âmbito da segurança na informação tenham surgido, atualmente, a criptografia é uma das mais efetivas formas de garantia de privacidade no mundo eletrônico.

Os embates sobre as formas de controle de comunicação estão longe de ser resolvidos. Para tanto, questões sensíveis como esta necessitam de amplos debates e contribuições multisetoriais. As regulamentações propostas devem considerar o caráter global da Internet e a multinacionalidade das empresas de tecnologia. A Internet de hoje não será a Internet de amanhã e limitar a inovação e os avanços em segurança pode representar um grande retrocesso, considerando

³² BRASIL. STF, ADPF 5527, Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403voto.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

especialmente que a criptografia de ponta a ponta não é um óbice à segurança pública, e sim uma ferramenta que estimula a segurança pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5.527, Relatora Ministra Rosa Webber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2020.

_____. ADPF 5527, Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403voto.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan. *Privacy on the Line The Politics of Wiretapping and Encryption*, London: Massachusetts Institute of Technology, v. 7, n. 3, 2007 (ISSN 2236-1677).

GLOBAL PARTNERS DIGITAL. Travel Guide to The Digital World: Encryption Policy for Human Rights Defenders. London, 2017. Disponível em: <<https://www.gp-digital.org/wp-content/uploads/2017/09/TRAVELGUIDETOENCRYPTIONPOLICY.pdf>>. Acesso em: jun. 2020.

KOOPS, E. J. *The Crypto Controversy: A Key Conflict in the Information Society*. Kluwer Law International. London/Boston: The Hague, 1998.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *Crypto Wars e bloqueios de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba: UFPR, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018.

MCALEENAN, Kevin K.; DUTTON, Hon Peter; PATEL, Priti Hon. Open Letter: Facebook's "privacy first" Proposals. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1207081/download>>. Acesso em: 2 fev. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão, *Frank La Rue*. A/HRC/23/40. 17 de abril de 2013. § 47. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85>.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. *An Introduction to Computer Security: The NIST Handbook*. Special Publication 800-12, out. 1995.

O GLOBO. PF pode ter infiltrado agentes para driblar criptografia em apps, 21 jul. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/pf-pode-ter-infiltrado-agentes-para-driblar-criptografia-em-apps-19758949>>. Acesso em: 14 jun. 2020.

PAAR, Christof; PELZL, Jan. *Understanding Cryptography: a textook for students and practitioners*. New York: Springer Springer Heidelberg Dordrecht London, 2009.

STALLINGS, William. *Criptografia e segurança de redes*. 6. ed. Trad. Daniel Vieira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

TJSP. Agravo de Instrumento nº 2184235-15.2016.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Junior, J. 21.02.2017.

UNESCO. Direitos humanos e criptografia. Série da Unesco sobre liberdade na Internet. Trad. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS). França, 2016. ISBN 978-92-3-100185-7. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2018/10/direitos-humanos-e-criptografia-1.pdf>>.

VIOLA, Mario; ITAGIBA, Gabriel. Bloqueio de aplicações. In: SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina (Coord.). *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Submissão em: 20.10.2020

Avaliado em: 21.10.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.11.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 11.11.2020

O NOVO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

THE NEW BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM

Ionilton Pereira do Vale¹

Professor de Processo Penal (ESMEC, Fortaleza/CE, Brasil)

Teodoro Silva Santos²

Professor de Processo Penal (UNIFOR, Fortaleza/CE, Brasil)

ÁREA(S): Direito constitucional; direito processual penal; direito público; direitos humanos; direito comparado.

RESUMO: O Brasil não possuía um sistema acusatório puro, mas sim um sistema acusatório impuro ou misto,

em que a função julgar se confundia, algumas vezes, com a investigação do fato delituoso. O legislador, de maneira muito apropriada, resolveu dar um basta em uma situação por demais criticada pela maioria da doutrina e parte da jurisprudência. Já não existe a figura do

¹ Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (2015), Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2003), Investigador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa (CIDPCC), Investigador da Fundação de Ciência e Tecnologia de Portugal, Especialista em Direito Processual Penal pela UNIFOR, Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Atualmente é Professor do Ministério Público do Estado do Ceará. Docente em diversas instituições de ensino públicas e privadas. Atualmente exerce o cargo de Promotor de Justiça, tendo sido assessor do Procurador Geral de Justiça por dois biênios. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando, principalmente, nas seguintes áreas: Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais, Direitos Humanos, Execução Penal e Criminologia, dentre outras. É autor de diversos livros e artigos nas áreas do Direito e da Literatura. Membro do Conselho Editorial da Revista *Quaestio Iuris*, da Universidade do Rio de Janeiro, e da *Revista de Direito da Cidade*, da mesma Instituição, e da *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*. E-mail: ionilton@uol.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6899042895354484>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-9324-1652>>.

² Desembargador do Tribunal de Justiça/CE, Doutorando em Direito Constitucional, Docente e Colaborador Honorário da Escola Superior do Ministério Público, Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR, Especialista em Direito Processual Penal pela UFC. E-mail: profteodoro@ig.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/2852430237093879>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-0481-025X>>.

juiz proativo, que enfeixa em suas funções a tarefa de investigar e julgar, encerra resquícios do processo inquisitivo e determinando de ofício a produção da prova e dos expedientes na fase da *persecutio criminis*. Desapareceu, com efeito, o art. 3º-A do CPP, que declara que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Com o advento da Lei nº 13.964/2019, desapareceu a figura do juiz investigador e produtor de provas, dando margem a uma magistratura mais independente e imparcial. O presente ensaio sob relação visa a traçar breves contornos do processo acusatório em geral e da reforma processual, em busca do sistema acusatório puro.

ABSTRACT: *Brazil did not contemplate a pure accusatory system, but an impure or mixed accusatory system in which the judging function was sometimes confused with the investigation of the criminal act. The legislator very appropriately decided to put an end to a situation that was overly criticized. by most of the doctrine and part of the jurisprudence. The figure of the proactive judge who embodies the task of investigating and judging, contains traces of the inquisitive process and officially determines the production of evidence and files during the persecutio criminis phase. It has disappeared. who declares that the criminal proceeding will have an accusatory structure, the initiative of the judge in the investigation phase and the substitution of the probationary role of the prosecuting body being prohibited. With the advent of Law 13964/2019, the figure of the investigating judge and evidence producer disappeared, giving rise to a more independent and impartial judiciary. The present study aims to outline brief outlines of the accusatory process in general and the procedural reform in search of the pure accusatory system.*

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas; sistema acusatório; contraditório; igualdade de armas; juiz de garantias; procedimento investigatório criminal; publicidade; Ministério Público; sigilo-requerimento.

KEYWORDS: *Systems; accusatory system; contradictory; equal weapons; guarantee judge; criminal investigative procedure; advertising; Public Prosecutor's Office; secrecy-requirement.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do sistema acusatório; 2 Do sistema acusatório no direito comparado; 3 A igualdade de armas como postulado do sistema acusatório; 4 Distinção entre o princípio do contraditório e a paridade de armas; 5 A inércia do juiz como postulado do processo acusatório; 6 Processo acusatório e iniciativa probatória do juiz; 7 O juiz imparcial como corolário do processo acusatório; 8 Do juiz de garantias; 9 Impossibilidade do juiz em colher a prova e decretar a prisão provisória *ex officio*; 10 O requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa

em audiência pública e oral; 11 Decisão sobre os requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; 12 Decisão sobre os requerimentos de afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; 13 Decisão sobre os requerimentos de afastamento da busca e apreensão domiciliar; 14 Decisão sobre os requerimentos de acesso a informações sigilosas; 15 Decisão sobre outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The accusatory system; 2 The accusatory system in comparative law; 3 Equality of arms as a postulate of the accusatory system; 4 Distinction between the contradictory principle and arms parity; 5 The Judge's inertia of the accusatory process; 6 Accusatory process and evidentiary initiative of the judge; 7 The impartial judge as a corollary of the accusatory process; 8 The Guarantee Judge; 9 Impossibility of the judge to collect the evidence and decree provisional arrest ex officio; 10 The request for advance production of evidence considered urgent and non-repeatable, ensuring the adversary and the wide defense in public and oral hearing; 11 Decision on the requirements for telephone interception, the flow of communications in computer and telematics systems or other forms of communication; 12 Decision on the requirements for removing tax, banking, data and telephone confidentiality; 13 Decision on requirements for removal from home search and seizure; 14 Decision on requirements for access to confidential information; 15 Decision on other means of obtaining evidence that restrict fundamental rights of the person under investigation; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O modelo acusatório procura promover uma igualdade de poderes entre a acusação e a defesa na atuação processual, estando o juiz numa atitude passiva, de modo que o julgamento decorra com o juiz em uma posição *super partes*, preocupado com a apreciação de maneira objetiva do caso concreto³.

Com efeito, sobraram vedados pelo legislador, sob pena de nulidade absoluta e insanável: a) a iniciativa do juiz na fase de investigação; b) o juiz proativo como substituto da atuação probatória do órgão de acusação.

De bom alvitre remansou a iniciativa do legislador, que fortaleceu os dois órgãos que atuam no processo de uma forma mais constante.

³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, t. I, 2002. p. 39.

O juiz passa a ter a distância necessária da investigação, para tornar-se o Órgão *super partes* que sempre foi a sua verdadeira natureza. Por outro lado, o Ministério Público teve fortalecida a sua atuação na fase da investigação, sendo facultado a este órgão conduzir uma investigação criminal por meio da instauração de um PIC (procedimento investigatório criminal).

Com o advento do pacote anticrime (Lei nº 13.964/19), que “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”⁴, foi, de forma explícita, acolhido o sistema acusatório puro, que, no entanto, encontra-se ainda equidistante desse importante modelo processual, porquanto erigido nas ruínas do Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Contudo, pensamos que o mais correto seria fornecer à sociedade um novo Código de Processo Penal, mais moderno e consentâneo com as necessidades de uma sociedade complexa e pós-moderna.

O próprio Cristo falou em Mateus 9:16-17:

Ninguém coloca remendo novo em roupa velha; porque o remendo força o tecido da roupa e o rasgo aumenta. Nem se põe vinho novo em odres velhos; se o fizer, os odres reventarão, o vinho derramará e os odres se estragarão. Mas põe-se vinho novo em odres novos, e assim ambos ficam conservados.

Na doutrina, tem prevalecido a opinião de que a nova reforma vai exigir mais dos operadores do Direito, um maior esforço exegético para conciliar a nova legislação com os dispositivos antagônicos a esta.

É dentro desse contexto de debate democrático do Congresso Nacional, logo, da própria sociedade brasileira, sobre segurança pública, direito penal e direitos fundamentais, que surge a Lei nº 13.964/2019. Se o ideal de todo e qualquer diploma normativo é, em tese, a criação de dispositivos legais que sejam ao menos harmônicos e coerentes entre si, fato é que o embate entre forças antagônicas existentes dentro e fora do Congresso Nacional durante a tramitação do Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 (nº 10.372/18 na Câmara dos Deputados) resultou na aprovação de uma lei cujos preceitos são absolutamente contraditórios entre si⁵.

⁴ Rubrica marginal da lei.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 38. Ressalte-se, recentemente, a soltura do traficante “André do Rap” pelo Ministro Marcos Aurélio, cuja liminar foi caçada por outro

Apesar das exigências de um novo código, não há dúvidas de que houve relativo avanço na legislação penal e processual penal. Daqui para frente, resta o desafio dos juízes e tribunais, que certamente será de se adequarem a essa nova legislação, que impactou a doutrina e jurisprudência nacionais.

O presente trabalho, portanto, é bastante atual e tem como escopo principal a análise do sistema acusatório ideal, bem como o que foi erigido ao *status* de lei ordinária, que será examinado detidamente nas próximas linhas.

1 DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O processo penal do tipo acusatório vai buscar a sua designação no fato de se iniciar com uma acusação – isto é, de ser instaurado mediante pedido e de, no seu desenvolvimento, se estabelecer um vivo debate entre o pretense criminoso e o adversário que o causa. A estrutura processual acusatória pura dá larga margem ao sentimento popular e reduz a pouca coisa a atividade técnica e o conteúdo dos códigos. É o processo do povo, mais acessível aos leigos em matéria jurídica. Não obstante, e precisamente sob o aspecto jurídico, pode ser caracterizado em três planos: a) princípios a que obedece; b) titularidade do impulso processual; c) organização judiciária que implica⁶.

Esclarece, ainda, o autor que são cinco os princípios que representam o sistema acusatório puro: publicidade, oralidade, contraditório, verdade formal e presunção de inocência. No que tange à titularidade do impulso oficial, declina o autor, expressa que, nos sistemas acusatórios puros, essa designação fica a cargo do Ministério Público, que deduz a acusação. Por fim, no que tange à organização judiciária, esta deve ficar ao cargo de um órgão distinto da acusação, o terceiro imparcial – o juiz – com posição *super partes*, que atua em nome da comunidade e no âmbito do exercício dos poderes públicos⁷.

O modelo reducionista, que consiste, tão somente, na separação das funções de acusar e julgar, é insuficiente para caracterização do sistema acusatório. É necessário mais, ou seja, que o juiz se limite a decidir, deixando as interposições

Ministro do STF, Luiz Fux, causando uma polêmica acerca da aplicação do novel art. 316 do CPP. (Plenário do STF vai decidir se referenda decisão sobre prisão de “André do Rap”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-13/fux-manda-plenario-decisao-prisao-andre-rap>>. Acesso em: 13 out. 2020)

⁶ PIMENTA, José da Costa. *Processo penal*. Sistemas e princípios. Lisboa: Petrony, t. I, 2003. p. 88.

⁷ PIMENTA, José da Costa. *Processo penal*. Sistemas e princípios. Op. cit., p. 91.

de solicitações e o recolhimento do material àqueles que perseguem interesses opostos, isto é, as partes⁸.

Digno de registro é que o princípio do contraditório implica que cada uma das partes seja chamada a deduzir suas razões (de fato e de direito), a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discutir sobre o valor e resultados de umas e outras⁹.

Trata-se, por evidente, do contraditório. O contraditório é sempre apontado como um dos princípios estruturantes do processo criminal, baseado no modelo acusatório, uma vez que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal erigiram ao *status* de garantia constitucional esse importante princípio.

A doutrina tradicional identifica o contraditório como uma extensão da ampla defesa. Nada mais errado. No Direito Processual moderno, não se deve dar ênfase a qualquer dos sujeitos processuais, pois todos têm importante papel a desempenhar no processo. O contraditório diz mais respeito à paridade de armas, à igualdade entre acusação e defesa. Correta é a lição de Francisco Dirceu Barros, quando exprime:

Alguns doutrinadores definem o princípio do contraditório como corolário da ampla defesa. Entendo ser um grande equívoco, pois o princípio em estudo é consequência lógica da igualdade. De forma analógica, podemos dizer que, em uma guerra, devem-se propiciar as mesmas armas aos contendores, e, em nenhuma hipótese, será possível conceder um melhor armamento a uma das partes. Veja que o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa; portanto, qualquer restrição ilegal poderá acarretar: a) cerceamento de defesa; b) cerceamento de acusação.¹⁰

2 DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO DIREITO COMPARADO

O sistema processual penal alemão, quando refere a necessidade de separar as funções institucionais de juiz e de Ministério Público, o faz de

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 108.

⁹ ANDRADE, Manuel de Andrade. *Noções elementares [sic] de processo civil*. Nova edição revista com a colaboração de Antunes Varela. Coimbra, I, 1963. p. 352.

¹⁰ BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, v. 1, 2006. p. 23.

modo “a garantir amplamente, na medida do possível, a neutralidade do juiz” (sublinhado por Claus Roxin). A admissibilidade desta interconexão de sistemas deve, no entanto, atentar para os inúmeros riscos dos sistemas anglo-americanos, nomeadamente os perigos de amplificar uma luta de partes, em que o acusado depende demasiado da qualidade e habilidade do seu defensor¹¹.

Outros pontos de relevo são a preponderância das partes e a inércia do juiz, em face da filosofia do *adversary system*, que domina o processo penal britânico e estado-unidense. Não obstante o virtual desaparecimento do júri, ao juiz só compete decidir o litígio que lhe é submetido, levando em consideração exclusivamente as pretensões contidas nos *pleadings* das partes e as provas por estas ministradas e oferecidas ao tribunal. O juiz não tem poder algum de ordenar *ex-officio* medida de instrução. Tampouco lhe é dado ordenar de ofício a correção dos requerimentos ou o comparecimento pessoal das partes. Se, no plano teórico, o juiz pode conhecer de ofício de questão de puro direito, sob a condição de respeitar ele próprio o princípio do contraditório, configura-se aí um poder limitado. Efetivamente, a procura das regras de direito aplicáveis à espécie não há de ultrapassar o âmbito das alegações de fato constantes dos requerimentos (*pleadings*), das quais as partes querem se valer¹².

O método acusatório de processo penal considerado mais vetusto, tradicional e dominante, que influencia diversas organizações do sistema de justiça criminal, é o anglo-saxão. Essa metodologia arrosta o juiz como figura passiva e neutra, no que diz respeito à busca das provas, atividade a ser

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal alemán*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007. p. 129.

¹² FAIRCHILD, Erika S. *Comparative criminal justice systems*. California: Wadsworth Publishing Company, 2005. p. 46. Discorrendo acerca da figura central do *adversary system*, aduz MacDonald que o Ministério Público nos países anglo-saxões é uma instituição ético-conservadora, visando à aplicação da lei e abraçando valores e identificando como seu dever à proteção da comunidade contra os infratores, em uma atuação que se projeta em sua atuação profissional. Em conformidade com Skolnick, o procurador “procura manter, na medida do possível, uma reputação de credibilidade absoluta, com uma verdade inevitável, quase de invencibilidade” (Skolnick, 1967:57). E desta forma, zelando pela sua reputação, incluindo a derrota no tribunal ou a evidência de uma posição conciliatória nas relações criminais, deve ser evitada. Essa postura baseia-se em parte de um conceito defensável, de responsabilidade territorial, mas também é evidente em abraçar uma ideologia de aplicação da lei, e da ética, como uma força institucional do Ministério Público, frente às vulnerabilidades políticas. As qualidades do Ministério Público, neste sistema, abrangem a negociação, a tenacidade e o endurecimento da política criminal, como forma de minimizar as ocasiões para o risco político. (MACDONALD, William Frank [Hrsg.]. *The Prosecutor ed.* – Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage criminal Justice System Annuals; 11), 1979)

desempenhada exclusivamente pelas partes¹³ e, assim, nos demoramos um pouco mais a examinar o referido modelo.

Deve-se enfatizar o fato de que o processo penal nos Estados Unidos da América tem um caráter marcadamente acusatório, em função do papel predominante do promotor, o promotor de justiça (*prosecutor*), em detrimento do papel do juiz de direito, que tem as suas funções inquisitoriais praticamente anuladas. A pessoa acusada (*accused*), contra quem há um indício, inclusive pela imprensa, sem qualquer formalidade procedimental, tem a seu favor a proteção do *due process*, ou seja, as salvaguardas constitucionais que garantem os direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de anulação por completo do processo penal (*reversal of a conviction*), nos procedimentos recursais¹⁴.

Nesse País, a principal garantia é a da igualdade de condições (*fairness*) no esforço pela descoberta da verdade. O confronto, ainda que violento, faz com que a verdade apareça das provas durante os debates apresentados durante o julgamento. Trata-se da demonstração prática daquilo que os jusfilósofos estado-unidenses de teoria do Direito já haviam delineado em seus trabalhos, como Oliver Holmes e Roscoe Pound. O segundo concede uma visão bastante clara dessas ideias, quando descreve o que considera as três características dos padrões legais: (1) que eles envolvem um julgamento moral sobre a conduta certa, que é ser “justo” de acordo com a “consciência”, “razoável”, “prudente” ou “diligente”; (2) que eles não exigem conhecimentos jurídicos exatos para sua aplicação, mas o senso comum sobre coisas comuns ou a intuição sobre as coisas referentes à experiência de todos; (3) eles não são formulados de maneira absoluta e têm um conteúdo preciso, seja por legislação ou por decisão judicial, mas são relativos ao tempo e lugares e circunstâncias e são aplicados ao fazer referência aos fatos do caso. Eles reconhecem que, dentro dos limites fixados pela lei, cada caso é até um certo ponto único¹⁵.

Na Espanha, a adoção de resoluções no procedimento principal não responde a uma configuração de um sistema exclusivo, portanto, não inquisitório,

¹³ PRADO, Geraldo. *O sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 126-127.

¹⁵ ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, E. Ricardo. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos - Sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 4, n. 15, p. 210, jul./set. 1995.

nem adversarial ou contraditório, senão misto. Em princípio, as partes solicitam ao juiz instrutor primeiro a prática de diligências de investigação (art. 311, I, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), e depois o Tribunal determina a prática de determinados meios de prova (arts. 656, I, 728, 790.5, II y 791.2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), decidindo e decretando sua admissão, sempre que são pertinentes (arts. 24.2 de la Constitución española y 659, I y 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por sua parte, o juiz instrutor pode praticar de ofício todas as diligências que considere necessárias para alcançar os fins próprios do procedimento preliminar, sem necessidade de requerimento das partes (arts. 315, II y 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), e o Tribunal tem certos poderes para introduzir no processo provas de ofício (artículo 729-21 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), que na Espanha se vê como uma exceção inquisitiva ao imperante princípio acusatório nesta fase, que deve estar de acordo com a acusação (v. Sentencias dei Tribunal Supremo de 1º de diciembre de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 9225; y de 23 de septiembre de 1995, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 6755, entre outras). Um caso específico do procedimento ante o Tribunal do Jurado é que as faculdades de ofício de órgão jurisdicional estão subordinadas injustificadamente ao princípio acusatório¹⁶.

O estatuto jurídico da parte acusada tem as seguintes características:

- a) o acusado é parte e, em sendo parte, tem uma série de direitos e deveres processuais diversos; segundo a fase do procedimento, o acusado está obrigado a comparecer perante o órgão jurisdicional, pois não está obrigado a declarar-se culpado (artículo 24.2 de la Constitución espanhola, artículo 520.2, a);
- b) a Ley de Enjuiciamiento Criminal (Código de Processo Penal) determina que a declaração do acusado implica um ato voluntário e é um direito, não um dever. Com efeito, proíbe-se toda coação (arts. 15 da Constituição espanhola, e arts. 387, 389, 393 e 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal);
- c) o inculpado serve para a prática de determinados meios de prova, como a pericial, e o reconhecimento judicial. Seu interrogatório em juízo é oral e decisivo no Código de Processo Penal;
- d) por último, o acusado é titular de bens e direitos sobre os quais pode recair a

¹⁶ COLOMER, Jean-Luis Gómez. La instrucción del proceso penal en España y los derechos del imputado. *RBCCRIM*, São Paulo: RT, n. 34, p. 34, 2000.

execução: sua pessoa (liberdade) e bens estão submetidos a medidas cautelares que garantam a possibilidade de execução futura¹⁷.

Segundo a concepção moderna, a igualdade de armas exige que as partes apresentem o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contrária¹⁸.

Na França, também, impera a igualdade de armas, uma vez que a justiça penal responde às exigências constitucionais, sendo plenamente aplicável o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao exigir que um tribunal seja independente e imparcial. Defluem desse princípio: a) a publicidade das sessões e das razões de decidir; e b) os direitos de defesa e igualdade de armas¹⁹.

A transformação da ideia do princípio da igualdade de armas é vislumbrada com facilidade na modificação da posição do Tribunal com respeito à posição e ao papel do Procurador-Geral austríaco e do Procurador Geral belga²⁰.

Mesmo que no princípio este tenha sido considerado como um guardião do Direito, de modo que, mesmo postulando sua pretensão relativa à sentença, não atuava como um “inimigo” do imputado, em processos julgados posteriormente (em decorrência de uma concepção mais favorável ao imputado) à manifestação do Procurador-Geral (chamada *croquis* no Direito austríaco), começou a ser vista como uma tomada de partido contrariamente ao acusado e, assim, deveria ser dada a este a oportunidade de replicar. O acusado se encontraria em uma posição particularmente desvantajosa, se ao menos não pudesse ter ciência e conhecer a *opinio* do Procurador-Geral e, em razão disto, ficasse sem a oportunidade de replicar²¹.

¹⁷ COLOMER, Juan-Luis Gòmez. La instruccion del proceso penal en España y los derechos del imputado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 33.

¹⁸ A respeito, *cf* *Borges v. Belgica*, decisão de 30 de outubro de 1991 (EuGRZ 91, p. 519), par. 33; *Dombo Beheer BV v. Niederlande* (Holanda), decisão de 27 de outubro de 1993 (ÖJZ 1994, p. 664), par. 33; *Bulut* (nota 74), par. 44; *Lanz* (nota 74), par. 57; *Fischer* (nota 74), par. 18; *AB*. (nota 74), par. 55; *Ócalan* (nota 74), par. 159.

¹⁹ VERNY, Édouard. *Cours*. Paris: Daloz, 2003. p. 14.

²⁰ AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Trad. Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78.

²¹ SANTOS, Fernando Ferreira. *Direitos fundamentais e democracias*. O debate Habermas - Alexy. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

Na Itália, consagrou-se um sistema misto tendencialmente acusatório²², tendo as seguintes características: a) certeza do juiz acerca da formação da prova; b) contraditório e publicidade dos debates; c) oralidade como método de obtenção da prova; d) paridade entre as partes, acusação e defesa; e) ônus da prova a cargo da acusação; f) presunção de inocência do acusado; g) excepcionalidade da custódia preventiva²³.

3 A IGUALDADE DE ARMAS COMO POSTULADO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Nos Estados Unidos, as dificuldades que o sistema adversarial tem em lidar com as evidências científicas são, em grande medida, estruturais. O sistema assume uma luta justa entre duas partes, que desenvolvem suas pretensões perante a terceira parte, neutra. Os réus criminais, no entanto, costumam ter muito menos recursos do que os procuradores. Estes, em regra, dispõem de laboratórios, investigadores de polícia e expertos²⁴.

Naquele país, foi decidido que a natureza não recíproca de recursos do governo em compilação de dados sobre jurados viola a cláusula de proteção igualitária, que não permite a defesa ser privada dos requisitos básicos de uma defesa adequada, em razão da desigualdade de armas. Essa prática cria um desequilíbrio, favorecendo injustamente a acusação e a cláusula do devido processo legal, previsto na Quinta Emenda, aplicável aos Estados por força da Décima Quarta Emenda, que trata do equilíbrio de forças entre o acusado e seu acusador²⁵. Também existe o *leading case* *Losavio v Mayber* v. 4, em que o tribunal considerou que o acusado tinha o direito de descobrir os registros policiais de jurados na posse do Ministério Público.

O princípio de igualdade de armas entre a acusação e a defesa, à semelhança do que se passa no processo civil entre as partes, é um princípio instrumental e também inerente ao processo acusatório. O processo há de assegurar as mesmas possibilidades à acusação e à defesa para fazerem valer as suas posições processuais perante o tribunal. A imparcialidade do juiz pressupõe que, ao acusador e ao defensor, sejam proporcionadas idênticas possibilidades de fazer

²² MECONE, M. *Diritto processuale penale*. Napole: Simone, 2010. p. 33.

²³ MECONE, M. *Diritto processuale penale*, p. 30.

²⁴ KROPPE, Peter J. Van; PENROD, Steven D. *Adversarial versus inquisitorial justice*. Psychological perspectives on criminal justice systems. New York: Plenum Publisher, 2002. p. 240.

²⁵ *Wardius v. Oregon*, 412 U.S. 470, 474, 93 S.Ct. 2208, 2211, 37 L.Ed 2d 82 (1973).

valer as suas razões no processo, o que se manifesta, desde logo, no princípio do contraditório. A igualdade de armas é, porém, mais ideal do que real. É que a igualdade jurídica, processual, formal, que é necessária para assegurar o pleno contraditório, é passível de ser desvirtuada pela desigualdade factual, real²⁶.

De acordo com o caso *Delcourt v Belgica*, um processo não há de ser justo se impuser condições tais que posicione o acusado em situação de evidente desvantagem, haja vista a participação de um membro do Ministério Público nas decisões da Corte de apelação²⁷.

As partes devem ter a mesma oportunidade de acesso, de comentário e de refutação das provas e de outros elementos do processo, assim como idêntica possibilidade de interrogar testemunhas e peritos.

O princípio de igualdade de armas entre a acusação e a defesa, à semelhança do que se passa no processo civil entre as partes, é um princípio instrumental e também inerente ao processo acusatório.

Em Portugal, o princípio da igualdade de armas encontra-se constitucionalmente consagrado no art. 32º, n. 1, da CRP, que, ao estabelecer que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso, funciona como “cláusula geral englobadora de todas as garantias, embora não explicitadas”. A Lei nº 43/1986, de 26 de setembro (lei de autorização legislativa em matéria de processo penal), estabeleceu, no seu art. 2º, n. 2, al. 3), a “parificação do posicionamento jurídico da acusação e da defesa em todos os atos do processo e incrementação da igualdade material de ‘armas’ no processo” e, na al. 9), a “garantia efetiva da liberdade de atuação do defensor em todos os atos do processo, sem prejuízo do caráter não contraditório da fase de inquérito preliminar”. O que significa que, na fase de inquérito, o princípio da *igualdade de armas* é claramente limitado em razão da sua estrutura não contraditória²⁸.

Assume-se, aqui, a posição de Helio Tornaghi, que distingue o processo acusatório do inquisitivo. É que, no primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são cometidas a três órgãos: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão no mesmo órgão. O inquisidor deve proceder espontaneamente e

²⁶ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editorial Verbo, t. V, 2002. p. 68.

²⁷ Sentença nº 2689/65.

²⁸ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção*. A providência do *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal. Coimbra: Almedina, 2003. p. 44.

suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir²⁹.

4 DISTINÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A PARIDADE DE ARMAS

Se os dois princípios são resultantes do princípio mais geral do Direito a um processo equitativo, o princípio do contraditório e o da paridade de armas devem ser diferenciados, consoante assinala, claramente, a Corte Europeia de Direitos Humanos no julgado Niderhost-Huber.

A noção de processo equitativo implica também o direito às partes do processo de tomar conhecimento de toda peça ou observação levada ao juiz e de poder discuti-la (Niderhost-Huber, § 24). A regra do contraditório, princípio fundamental de um processo equitativo, deve permitir ao jurisdicionado a possibilidade de se exprimir sobre toda peça do dossiê e deve ser aplicado a todo e qualquer processo, penal ou civil, administrativo ou disciplinar, ou mesmo em um processo de exceção de inconstitucionalidade.

O princípio do contraditório concerne a todas as fases processuais, em particular, aquela da produção de provas (no caso, quanto à perícia, cf. Mantovanelli c/ França, 18 de março de 1997), e as necessidades de celeridade processual não impedem o respeito ao princípio do contraditório.

Implicando às partes o direito de acesso às informações, o princípio do contraditório é violado quando um elemento do dossiê não lhe é comunicado. A informação pode dizer respeito sobre o conteúdo dos fatos materiais como sobre sua qualificação jurídica (Pelisser e Sassi c/ França, 25 de março de 1999). A impossibilidade de acesso ao dossiê penal por parte do acusado que se defende sozinho viola o princípio do contraditório (Foucher c/ França, 18 de março de 1997), e o mesmo ocorre pelo fato de se conceder o *exequatur* a um julgamento de nulidade de casamento adotado pela jurisdição do Vaticano, enquanto que a requerente não tinha sido informada da demanda de nulidade formulada por seu esposo (Pellegrini c/ Itália, 27 de julho de 2001).

Se a falta de comunicação de uma peça processual diz respeito a apenas uma das partes, enquanto que a outra parte teve acesso a tal peça, a Corte se fundamenta principalmente sobre a igualdade de armas para comprovar a violação ao art. 6º, § 1 (Kuopila). Por exemplo, nos julgados Mc Michael e

²⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1996. p. 1-2.

Buchberger c/ Áustria, a Corte aplica o princípio de paridade de armas no contexto de uma apelação, entre a jurisdição de primeiro grau que proferiu a decisão de uma parte e o apelante de outra parte, sancionando o fato de que os relatórios, cuja Comissão que proferiu a decisão de primeira instância tinha posse e disposição, não lhe foram comunicados.

No julgado *Niderhost-Huber*, o princípio de paridade de armas é violado pelo fato de que “as observações do tribunal cantonal não foram comunicadas a nenhuma das partes litigantes perante o Tribunal Federal” (§ 23). A Corte Europeia afirma na decisão *Kress*, a propósito da falta de comunicação das conclusões do Comissário do Governo, que “a requerente não poderia extrair do direito à paridade de armas o direito de receber a comunicação, previamente à audiência, das conclusões que não foram comunicadas à outra parte”. O princípio de paridade de armas impõe somente que as partes sejam tratadas de mesmo modo, sem que uma possa reivindicar um direito de que a outra também não se beneficie.

Se na decisão *Borgers* a impossibilidade de responder ao Advogado Geral foi sancionada com o fundamento da paridade de armas, a partir dos julgados *Vermeulen* e *Lobo Machado*, de 20 de fevereiro de 1996, esse mesmo fato é qualificado de violação ao princípio do contraditório.

A Corte de Justiça das Comunidades Europeias considera que as conclusões do Advogado Geral se situam fora do debate entre as partes, e, devido a esse fato, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos parece ser distinta em relação às conclusões dos Advogados Gerais da Corte Comunitária (*Emesa Sugar e Aruba*, 4 de fevereiro de 2000).

A distinção entre paridade de armas e princípio do contraditório não é sempre muito clara na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. No julgado *Belziuck* (25 de março de 1998), se o fato de a Corte ter qualificado a função de procurador “de órgão de acusação” explica o recurso à paridade de armas, só se pode questionar porque a Corte visa também ao princípio do contraditório. O mesmo ocorre no julgado *Van Orshoven*, em que a Corte Europeia se refere ao princípio do contraditório, enquanto que as conclusões as quais o requerente não pôde responder emanavam do Ministério Público, órgão acusatório, e que, portanto, o princípio de paridade de armas seria aplicável³⁰.

³⁰ LIMA, José Farah Lopes de Lima. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. São Paulo: Mizuno, 1987. p. 135.

Em suma, se o juiz deixar de comunicar um ato processual em detrimento da outra parte que foi comunicada, há violação do princípio do contraditório. Por outro lado, se o juiz conceder a uma parte dez minutos para fazer debates orais, e à outra parte o dobro, vinte minutos, existe violação do princípio da paridade de armas. É possível, então, afirmar que o contraditório é um princípio contido implicitamente na paridade de armas, que tem mais ampla atuação.

5 A INÉRCIA DO JUIZ COMO POSTULADO DO PROCESSO ACUSATÓRIO

Pontos importantes, também, são, a preponderância das partes e a inércia do juiz, em face da filosofia do *adversary system*, que domina o processo penal britânico. Não obstante o virtual desaparecimento do júri, ao juiz só compete decidir o litígio a ele submetido, levando em consideração exclusivamente as pretensões contidas nos *pleadings* das partes e as provas por estas ministradas e oferecidas ao tribunal. O juiz não tem poder algum de ordenar de ofício medida de instrução. Tampouco tem o poder de ordenar de ofício a correção dos requerimentos ou o comparecimento pessoal das partes. Se, no plano teórico, o juiz pode conhecer de ofício questão de puro direito, sob a condição de respeitar ele próprio o princípio do contraditório, configura-se aí um poder limitado. Efetivamente, a procura das regras de direito aplicáveis à espécie não pode ultrapassar o âmbito das alegações de fato constantes dos requerimentos (*pleadings*), das quais as partes querem se valer³¹.

O juiz, como ocupante da posição de garantidor dos direitos fundamentais, deve estar livre de juízos paralelos (*juicio paralelo*) ou pressões extremas. Assim

³¹ FAIRCHILD, Erika S. *Comparative criminal justice systems*. California: Wadsworth Publishing Company, 2005. p. 46. Discorrendo acerca da figura central do *adversary system*, aduz MacDONALD que o Ministério Público nos países anglo-saxões é uma instituição ético-conservadora, visando à aplicação da lei e abraçando valores e identificando como seu dever a proteção da comunidade contra os infratores, em uma atuação que se projeta em sua atuação profissional. Em conformidade com Skolnick, o procurador “procura manter, na medida do possível, uma reputação de credibilidade absoluta, com uma verdade inevitável, quase de invencibilidade” (Skolnick, 1967:57). E desta forma, zelando pela sua reputação, incluindo a derrota no tribunal ou a evidência de uma posição conciliatória nas relações criminais, deve ser evitada. Esta postura baseia-se em parte de um conceito defensável, de responsabilidade territorial, mas também é evidente em abraçar uma ideologia de aplicação da lei, e da ética, como uma força institucional do Ministério Público, frente às vulnerabilidades políticas. As qualidades do Ministério Público, neste sistema, abrangem a negociação, a tenacidade e o endurecimento da política criminal, como forma de minimizar as ocasiões para o risco político. (MACDONALD, William Frank [Hrsg.]: *The Prosecutor* ed. – Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage criminal Justice System Annuals; 11), 1979)

sendo, por meio da STC 138/99, o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu que a publicação de opinião pública ou mesmo a divulgação de opinião de agentes do Estado sobre a questão em julgamento pode exercer influência sobre a decisão judicial, até mesmo justificando motivações baseadas em argumentos não depurados pela garantia defensiva. Invocando a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Constitucional resolveu que o abuso de declarações predispõe a opinião pública a concluir, antecipadamente, pela culpabilidade do agente, justificando, logo, a restrição à liberdade de expressão, em proteção à autoridade e imparcialidade judicial. Isto, porém, não significa que seja proibida toda a forma de publicidade, razão pela qual caberia a solução pela proporcionalidade aplicada ao caso concreto³².

A “contraditoriedade” na pesquisa probatória constitui o cerne da *law of evidence*, pois, como já foi lembrado, no sistema *adversary* consolidado pela tradição anglo-americana, toda a iniciativa e o controle da aquisição dos elementos de prova incumbem às partes, cabendo ao juiz apenas a tarefa de supervisionar a seleção do material a ser apresentado aos jurados e garantir *imparcialidade* do julgamento; entende-se, como regra geral, que o melhor caminho para se atingir a verdade é a contraposição das versões antagônicas dos interessados.

Os incidentes que porventura surgirem no desenrolar do julgamento, principalmente os referentes à admissibilidade das provas, devem ser solucionados pelo juiz-presidente. Assim, sob a presidência de um Magistrado, os jurados, na fase do julgamento, assistem à produção das provas e aos debates entre as partes para, fora do recinto, deliberarem sobre a culpabilidade ou inocência do acusado.

A inércia do juiz não significa que ele é um “convidado de pedra” dentro do processo. Tem como escopo maior o de garantir a sua imparcialidade e sua independência, como órgão *super partes*. Dessa forma, lhe são incumbidos os trabalhos de direção, presidência do processo, bem como a fiscalização do devido processo legal, dos debates orais, e, por fim, decidir acerca de todos os incidentes porventura suscitados no processo e dar a sua decisão final.

³² ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre o poder punitivo do Estado e garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 143.

6 PROCESSO ACUSATÓRIO E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

O Supremo Tribunal Federal³³ filia-se, de maneira desenganada, ao sistema acusatório, tendo como consequência acolhido na ADIn 1.570, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, que a superveniência da Lei Complementar nº 105/2001 revogou parcialmente a Lei nº 9.034/1995, não permitindo a busca e apreensão pelo juiz pessoalmente, tarefa destinada à polícia e ao Ministério Público em face do princípio da imparcialidade do juiz. O deferimento de provas, contudo, submete-se ao prudente arbítrio do Magistrado, cuja decisão, sempre fundamentada, há de levar em conta o conjunto probatório já existente, sendo lícito ao juiz indeferir diligências que reputar impertinentes, desnecessárias ou protelatórias, não se cogitando em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório ou às regras do sistema acusatório³⁴.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal debruçou-se novamente sobre a constitucionalidade de investigações realizadas diretamente por magistrados. Na mesma ação direta, a Corte Constitucional reconheceu em parte a inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei nº 9.034/1995, que atribuem funções investigatórias aos juízes³⁵.

A ressalva atingiu, contudo, unicamente os dados fiscais e eleitorais, que não estariam abrangidos pela Lei Complementar nº 105/2001, permanecendo válida a investigação *ex officio* do Magistrado nos referidos crimes no tocante aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. Há de se atentar, por pertinente, para a existência de posição doutrinária declarando não mais estar em vigor o art. 3º da Lei nº 9.034/1995³⁶.

Deve, portanto, o julgador afastar-se da tarefa de investigar o delito, destinada ao Ministério Público, o titular da ação penal. Agora, com o procedimento traçado no art. 3º e seus parágrafos, restou condicionada a possibilidade de violação do sigilo à diligência realizada pessoalmente pelo

³³ STF, ADIn 1.570/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 12.02.2004, DJ 22.10.2004, p. 00004, Ement. v. 02169-01, p. 00046.

³⁴ STF, HC 91.777/SP, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 25.09.2007, DJe 121 11.10.2007, p. 00041, Ement. v. 02293-02, p. 00294.

³⁵ STF, ADIn 1.570/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 12.02.2004, DJ 22.10.2004, p. 00004, Ement. v. 02169-01, p. 00046.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 256.

juiz, com absoluto segredo de justiça, dificultando o andamento da persecução e transformando-o em investigador e depositário de provas, em desrespeito aos princípios do devido processo legal, acarretando a quebra do sistema acusatório, da imparcialidade e da publicidade, e maculando o preceito com questionamentos sobre sua inconstitucionalidade³⁷.

Comentando o sistema acusatório, leciona Renato Brasileiro de Lima, acerca da iniciativa do juiz concernente à produção da prova, que esta deve ficar circunscrita às partes. É do autor a seguinte observação:

Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu costroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais do acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.³⁸

Por seu turno, Geraldo Prado declara existir causa de impedimento no fato de o juiz que tenha requisitado a instauração de inquérito policial vir a processar e julgar o acusado em processo penal iniciado em razão dessa investigação. Observe-se que, nessa hipótese, o juiz poderá se sentir habilitado a apreciar com isenção as teses que eventualmente a defesa venha a apresentar. O réu, todavia, não poderá confiar em um juiz que, independentemente de qualquer causa penal, já se manifestou a princípio pela existência de infração penal, ainda que em nível de sumário provisório e superficial³⁹.

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal que, mesmo em face de pedido de arquivamento do inquérito policial, pode o juiz submeter à consideração do Ministério Público a possibilidade de se realizar ainda uma tentativa de elucidação do fato criminoso, ensejando, na ocorrência de fatos

³⁷ SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. São Paulo: Millennium, 2004. p. 250.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, volume único, 2016. p. 40.

³⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 131.

novos, o legítimo oferecimento de denúncia pelo *Parquet*⁴⁰. Eugenio Pacelli de Oliveira, com habitual proficiência e didatismo, leciona que,

[...] no que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando a investigação for realizada diretamente perante o juízo (Juizado de Instrução) será possível vislumbrar contaminação do sistema, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação for reservada a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro. A atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas. É por essa razão que sustentamos a impossibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação, embora a aceitemos no decorrer da ação penal. Na primeira hipótese (prisão de ofício na fase de inquérito), a violação ao sistema acusatório se daria na medida da permissão – ainda vigente no Brasil – da intervenção judicial para a tutela de funções investigativas, que, como se sabe, encontra-se a cargo de órgãos públicos específicos (Ministério Público e Polícia Judiciária). É dizer: permitir-se valoração jurídica acerca da necessidade da custódia por órgão que não tem competência constitucional para o exercício da respectiva função, isto é, a função investigativa e a função acusatória, contraria o sistema acusatório.⁴¹

⁴⁰ STF, HC 84.051/PR, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 17.08.2004, DJ 02.03.2007, p. 00046, Ement. v. 02266-03, p. 00519.

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10-11.

Digno de registro é o fato de que a Lei nº 13.964/2019 retirou do juiz (de garantias e de instrução⁴²) toda e qualquer ingerência na produção de provas, cabendo-lhe decidir acerca dos requerimentos das partes sobre a produção da prova.

7 O JUIZ IMPARCIAL COMO COROLÁRIO DO PROCESSO ACUSATÓRIO

Toda pessoa tem direito a um tribunal, independente e imparcial, estabelecido pela lei. Esse direito de acesso não é absoluto; ele presta-se a limitações implicitamente admitidas, porquanto, pela sua própria natureza, apela a uma regulamentação pelo Estado, regulamentação que varia no tempo e no espaço em função das necessidades e finanças da comunidade e das pessoas.

Interligado com o princípio da independência dos juízes dos tribunais está o princípio da imparcialidade. Não pode haver independência sem imparcialidade, nem esta sem aquela. Nenhum preceito constitucional refere, expressamente – diferentemente do que acontece com o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem –, o princípio da imparcialidade dos juízes. Esse princípio, entretanto, tem consagração constitucional, por um lado. Essas consagrações constitucionais visam a garantir que os juízes se encontrem ao abrigo de quaisquer pressões quanto ao seu poder de decisão: representam a independência interna e externa dos juízes, constituindo, no seu conjunto, uma “reserva de juízes”. A Constituição portuguesa acolheu, no art. 216º, esses princípios, estatuidos: “1. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos

⁴² Esse ponto é polêmico na doutrina, havendo quem sustente que os artigos posteriores ao art. 3º-A do CPP revogaram implicitamente todos os artigos incompatíveis com ele (revogação tácita, portanto). Outros já entendem que os referidos artigos continuam a vigorar. Cf.: A favor da revogação: Operouse, pois, a revogação tácita do art. 156, II, do CPP, bem como de todos os demais dispositivos constantes do Código de Processo Penal que atribuíam ao juiz da instrução e julgamento a iniciativa probatória no curso do processo penal (LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 77 e ss.). Contra: O juiz de garantias veio abrir espaços, mas não fechou a atuação judicial de ofício durante a instrução (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 33). Em posição intermediária, temos parte da doutrina admitindo que, de modo subsidiário, e exclusivamente durante a fase processual da persecução penal, possa o juiz determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes (BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93).

pela lei. 2. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei”⁴³.

No sentido de preservar a confiança que, numa sociedade democrática, os tribunais devem oferecer aos cidadãos, deve ser recusado todo juiz impossibilitado de garantir uma total imparcialidade. E o mesmo se passa em relação aos membros do júri ou aos peritos chamados a intervir no processo⁴⁴.

O juiz imparcial é aquele que julga de forma desapassionada, sem comprometimento com quem quer que seja. Diz respeito à retidão, à equidade e à justiça, não buscando o interesse da parte ou terceiro interessado, ou mesmo do próprio juiz. Parte esse princípio do pressuposto de que o Estado-juiz deve se interessar somente pela busca da verdade real. O juiz deve ser independente, haja vista que está cercado de garantias, e situar-se acima das partes (*órgão super partes*). O juiz imparcial é o juiz natural, o juiz constitucional. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado com amparo em critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade⁴⁵.

⁴³ FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *Subsídios para independência dos juizes*. O caso português. Lisboa: Edição Cosmos, p. 57-58. O direito ao juiz imparcial está previsto também no plano internacional: dele cuidam tanto a Convenção Americana (da OEA) como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (da ONU). “Toda pessoa tem direito a ser ouvida [...] por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial...” (Convenção Americana, art. 8º, 1); “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial...” (DUDH, da ONU, art. X); “toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial...” (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14, 1).

⁴⁴ Acórdãos Pullar, de 10 de junho de 1996, R96-III, p. 792, § 30, Sander, de 9 de maio de 2000, ROO-V, p. 269, § 22, e Sara Lind Eggertsdóttir, de 5 de julho de 2007, § 47.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 105. Essa é a independência política do juiz, que é violada quando o Poder Judiciário está subordinado ao Poder Político (*Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1982/1983*, p. 18, Nicarágua. No mesmo sentido: *Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1985/1986*, p. 190, Paraguai; *Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1992/1993*, p. 181, Cuba). Algumas garantias e vedações constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, proibição de dedicar-se à atividade político-partidária etc. - v. CF, art. 95) não representam mais do que a materialização desta independência, que pode resultar violada quando o processo de investidura do juiz seja celebrado com influências ou ingerências externas (Corte Interamericana, *Caso Tribunal Constitucional*, Sentença de 31.01.2001, parágrafo 75).

A independência dos tribunais, quando examinada em pormenor nos seus elementos essenciais, comporta um significado plural que, de resto, não avulta apenas no plano estritamente jurídico, mas possui – e de maneira fundamental – as mais sérias implicações e incidências políticas, econômicas e sociais. Tomada no seu sentido mais compreensivo, a independência dos tribunais assume, segundo uma conotação⁴⁶ já hoje corrente, vários significados.

A independência dos tribunais não basta, porém, para que fique do mesmo passo preservada a objetividade de uma decisão judicial: é ainda necessário, ao lado e além daquela segurança geral, não permitir que se ponha em dúvida a “imparcialidade” dos juízes, já não em face de pressões exteriores, mas em virtude de especiais relações que os liguem a um caso concreto que devam julgar. Como de todos os lados se acentua, a estrita e absoluta objetividade do juiz na realização da justiça no caso é condição irrenunciável para que ela possa constituir-se como expressão da ideia de Estado de Direito, sendo fundamental para garantir a sua imparcialidade⁴⁷.

As vantagens do juiz imparcial recaem notadamente sobre o *status libertatis* do investigado, acusado ou réu, haja vista que o juiz surge como um árbitro superior e independente, que disciplina o “duelo judiciário entre acusação e defesa”, promovendo o respeito dos princípios do contraditório, da publicidade e da oralidade. Esse modelo promove fortemente o princípio da presunção de inocência, uma vez que o acusado permanece em liberdade ao longo do processo, evitando-se, desta forma, uma prisão antecipada de um suspeito que viesse a ser absolvido na sentença⁴⁸.

8 DO JUIZ DE GARANTIAS

O juiz de garantias foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, que prevê importantes atribuições do Magistrado na fase da investigação⁴⁹.

⁴⁶ NEVES, Castanheira. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais. *RLJ*, 105 1972-1973 181. V.

⁴⁷ LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 66 e ss.

⁴⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Lisboa: Almedina, t. I, 2004. p. 89.

⁴⁹ O Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Dias Toffoli, manteve a validade da norma que institui o juiz das garantias, mas estendeu para 180 dias, a contar da publicação da sua decisão, o prazo para sua implementação. Segundo Toffoli, as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) são de grande porte, e é necessário um período de transição mais adequado e razoável que viabilize sua adoção de forma progressiva e programada pelos tribunais. A decisão liminar foi

O inquérito policial, contudo, não foi suprimido e tampouco a figura do delegado de polícia na presidência do inquérito, tendo em vista que a reforma do Código de Processo Penal deixou intacto o art. 4º do CPP, que trata das atribuições da autoridade policial.

De igual maneira, o art. 3º-B do CPP visa ao controle da legalidade da investigação criminal e à salvaguarda dos direitos individuais, função semelhantemente exercida nos dias atuais com os inquéritos instaurados contra pessoas por foro por prerrogativa de função cujo controle de legalidade é feito por um dos ministros do Supremo Tribunal Federal⁵⁰.

Em conformidade com a doutrina portuguesa, em artigo análogo ao referido há pouco, o controle da decisão é da competência de um juiz independente, que não teve qualquer interferência na fase processual precedente. Ao requerer-se a abertura da instrução, solicita-se ao Juiz de Instrução Criminal (o juiz de garantias brasileiro) que fiscalize quer a legalidade, quer a oportunidade

proferida em ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (ADIn 6.298), pelos partidos Podemos e Cidadania (ADIn 6.299) e pelo Partido Social Liberal (ADIn 6.300). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434788&ori=1>>. Acesso em: 28 jan. 2020. Posteriormente, o Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, será submetida a referendo do Plenário. O Ministro Fux, que assumiu o plantão judiciário no STF no domingo (19), é o relator das quatro ações. Em sua decisão, o Ministro Fux afirma que a implementação do juiz das garantias é uma questão complexa que exige a reunião de melhores subsídios que indiquem, “acima de qualquer dúvida razoável”, os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, entre eles o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

⁵⁰ “Direito penal e processual penal. Agravo interno em recurso extraordinário. Denúnciação caluniosa. Prefeito. Supervisão do Tribunal de Justiça. Súmula nº 279/STF. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, ‘à luz da interpretação conferida por esta Corte ao art. 29, X, da Constituição Federal, não faria sentido algum que se permitisse que a Autoridade Policial investigasse o agente político sem garantir o exercício do controle jurisdicional e a supervisão do inquérito pelo Tribunal competente’ (AP 912, Rel. Min. Luiz Fux). Ainda nessa linha, vejamos o RE 1.113.664, de minha relatoria; a AP 933, Rel. Min. Dias Toffoli. 2. No caso, existem particularidades que afastam esse entendimento. É que, para chegar a conclusão diversa da do acórdão recorrido acerca da autoria do crime de denúncia caluniosa pelo então Prefeito Municipal, bem como seu indiciamento, seria necessária uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula nº 279/STF), procedimento inviável em recurso extraordinário. 3. Agravo interno a que se nega provimento.” (RE 1192308-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Roberto Barroso, J. 29.04.2019, processo eletrônico Dje-102 15.05.2019, publ. 16.05.2019)

da decisão do MP. Ao juiz de julgamento é conferindo o poder de rejeitar a acusação, caso a considere manifestamente infundada, ou seja, quando não contenha a identificação do acusado, não haja narração dos fatos, não indique as disposições legais a aplicar as provas que as fundamentam ou os fatos que não constituem crime.

Fato a se ressaltar é que as hipóteses contempladas na Lei nº 13.964/2019, embora se refiram um pouco mais amiúde ao juiz de garantias, certamente alcançam também o juiz de instrução, uma vez que é impossível ter no ordenamento jurídico dois juízes com o mesmo grau de jurisdição (competência funcional) e dois tratamentos diferenciados. Portanto, as vedações à produção de provas, impostas ao juiz de garantias, também alcançam o juiz de instrução.

9 IMPOSSIBILIDADE DO JUIZ EM COLHER A PROVA E DECRETAR A PRISÃO PROVISÓRIA *EX OFFICIO*

Por força do processo acusatório, não cabe mais ao juiz decretar a prisão provisória (preventiva ou temporária) sem provocação do Ministério Público.

O art. 311 do CPP é enfático ao declarar que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por via de representação da autoridade policial.

Cabe ao juiz, contudo, em qualquer fase do processo *ex officio*, revogar qualquer tipo de prisão provisória ou substituí-la por medidas cautelares diversas da prisão.

Retirou-se do juiz a competência para decretação das prisões provisórias *ex officio*, somente podendo decretar ou não a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por via de representação da autoridade policial.

A nova redação do art. 282, § 2º, declara que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz *a requerimento das partes* ou, quando no curso da investigação criminal, por via de representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (grifos nossos).

10 O REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS CONSIDERADAS URGENTES E NÃO REPETÍVEIS, ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA EM AUDIÊNCIA PÚBLICA E ORAL

Ao juiz de garantias cabe decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral.

Existem no inquérito policial as provas renováveis em juízo, como a prova testemunhal e as provas não renováveis, que são as perícias e os exames de corpo de delito, mas que podem ser impugnadas pela defesa. Essa regra é geral, mas não é inflexível, pois é possível a repetição de um exame de corpo de delito na fase da ação penal, mesmo que tenha sido produzido na fase do inquérito policial. Desaparecendo os vestígios, contudo, a prova fica impossível de ser renovada, como é o caso do homicídio ou furto em que o corpo de delito desaparece.

Ao juiz de garantias cabe, tão somente, decidir sobre o requerimento da produção das provas consideradas urgentes, não tendo mais o condão de determinar a produção dessas provas *ex officio*. O mesmo argumento é aplicável ao juiz de instrução.

11 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DO FLUXO DE COMUNICAÇÕES EM SISTEMAS DE INFORMÁTICA E TELEMÁTICA OU DE OUTRAS FORMAS DE COMUNICAÇÃO

Cabe ao juiz de garantias decidir acerca de requerimentos de interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras modalidades de comunicação.

Nos dias atuais, as formas de comunicação são cada vez maiores e mais intensas.

Cabe ao juiz de garantias decidir acerca dos requerimentos de quebra de interceptação telefônica.

O fluxo de informações envolve as comunicações realizadas na rede mundial de computadores, internet, mais especialmente nas chamadas redes sociais, como WhatsApp, Facebook, Instagram, entre tantas outras que

proliferam na internet, bem como na chamada *deep webb*, mais pródiga em crimes cibernéticos, especialmente *sites* especializados em pedofilia.

Também cabe ao juiz de garantias o requerimento de escutas ambientais (ou sua ratificação, caso feita sem autorização judicial), bem como quaisquer outras formas de comunicação, norma genérica e de encerramento que dispõe, inclusive, de futuras formas de comunicação a serem criadas pela tecnologia cada vez mais avançada e atuante no mundo globalizado.

Inclui-se, ainda, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, conforme previsto no art. 10-A da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

A interceptação e a gravação de conversações telefônicas só podem ser autorizadas se elas se revelarem, fundamentadamente, indispensáveis para a descoberta da verdade. De fato, porque põe em crise valores fundamentais, a interceptação telefônica só é admissível por ser necessário acautelar a realização da justiça e a descoberta da verdade material, finalidades do processo penal que com aqueles valores entram num permanente e inevitável jogo de concordância prática, o qual informa todo o regime legal da matéria⁵¹.

12 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE AFASTAMENTO DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO, DE DADOS E TELEFÔNICO

Compete ao juiz de garantias o afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico. A quebra do sigilo telefônico consiste na apresentação, ao requisitante, do histórico das ligações efetuadas por meio de determinada linha telefônica, sem que se apresente o conteúdo das conversas efetuadas, diferentemente da interceptação telefônica, que reproduz os diálogos realizados via telefone fixo ou móvel (celular).

Referidas quebras de sigilos (fiscal, bancário e telefônico) são medidas que só podem ser aplicadas quando a prova não puder ser obtida por outro meio, pois fere o direito à privacidade do indivíduo.

Quanto ao sigilo bancário e fiscal, o STF já vinha pacificando o fato de que é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB),

⁵¹ VV.AA. *Prova criminal e direito de defesa*. Estudos sobre a teoria da prova e garantias da defesa em processo penal. Sob a coordenação de Tereza Bizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2010. p. 205-206.

que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. Essa é a tese do Tema 990 da Repercussão Geral fixada, por maioria, pelo Plenário (Informativos n^{os} 960 e 961). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendou a tese (RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 04.12.2019 – RE-1055941). Observe-se ainda que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário⁵².

13 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE AFASTAMENTO DA BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

Compete ao juiz de garantias decidir acerca dos requerimentos referentes à busca e apreensão domiciliar.

Trata-se de autêntica tutela de liberdades individuais, uma vez que a casa é asilo inviolável do indivíduo. É possível, contudo, a busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em crime permanente⁵³. A busca e apreensão realizada pela autoridade policial “[...] diante da presença de elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”, ainda que ausente autorização judicial prévia, é admitida pela jurisprudência do STF (Tema 280, RG), sendo certa a possibilidade de controle jurisdicional posterior, no âmbito da ação penal, seara adequada ao revolvimento do arcabouço fático-probatório⁵⁴.

⁵² Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&ori=1>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

⁵³ ARE 1238241-AgRg, 2^a T., Rel^a Min. Cármen Lúcia, J. 13.12.2019, processo eletrônico DJe-284 18.12.2019, publ. 19.12.2019.

⁵⁴ HC 175454-AgRg, 1^a T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 11.11.2019, processo eletrônico DJe-256 22.11.2019, publ. 25.11.2019.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a chamada motivação *per relationem* como técnica de fundamentação das decisões judiciais. Não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal a decisão que, ao deferir busca e apreensão, de forma expressa, reporta-se à representação da autoridade policial e à manifestação do *Parquet*, que apontaram, por meio de elementos concretos, a necessidade da diligência para a investigação⁵⁵.

14 DECISÃO SOBRE OS REQUERIMENTOS DE ACESSO A INFORMAÇÕES SIGILOSAS

O sigilo não deixa de ser uma espécie da qual o silêncio é o gênero, pois, no sigilo, a pessoa detentora do segredo ou informação não está obrigada, ou está desobrigada por lei, a não fornecer estas informações para o Estado. O sigilo, contudo, não é absoluto, razão por que foi editada a Lei nº 12.527/2011, que regulamentou o acesso a informações sigilosas.

Desta maneira, compete ainda ao juiz de garantias decidir acerca do requerimento respeitante ao acesso a informações sigilosas do investigado. A Lei nº 12.527/2011 regulamentou o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

O art. 4º, I, considera informação os dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato.

Por seu turno, o inciso III do referido artigo considera informação sigilosa aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

15 DECISÃO SOBRE OUTROS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA QUE RESTRINJAM DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

O legislador utilizou-se de uma fórmula analógica, a exemplo do que faz o Código Penal, com várias expressões previstas nesta lei, quando trata, por exemplo, da qualificadora do homicídio torpe (mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe).

⁵⁵ HC 170762-AgRg, 2ª T., Rel. Min. Edson Fachin, J. 20.11.2019, processo eletrônico DJe-261 28.11.2019, publ. 29.11.2019.

São meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

Novamente o legislador não foi feliz na utilização dos termos da lei, pois a expressão não abrange a prova colhida em si mesma, mas os meios que foram utilizados para a obtenção da prova.

Podemos citar, a título de exemplo, o encontro fortuito de provas. O juiz de garantias autorizou uma interceptação telefônica que alcançou terceiros, não foi objeto da referida interceptação, mas que revela crime praticado por esta terceira pessoa. O meio de obtenção foi lícito e o encontro fortuito de provas é aceito majoritariamente na doutrina e na jurisprudência.

Como referendado pelo Supremo Tribunal Federal, “os elementos de prova colhidos de forma fortuita em interceptação telefônica válida são legítimos à luz da teoria da serendipidade. Precedentes: HC 129.678, Primeira Turma, Relator p/o Acórdão, Min. Alexandre de Moraes, DJe 18.08.017; HC 106.152, Primeira Turma, Rel^a Min. Rosa Weber, DJe 24.05.2016”⁵⁶ (a citação é literal do acórdão).

CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, chegamos à conclusão de que o sistema acusatório puro aperfeiçoa a legislação processual penal, trazendo maior potencialidade na aplicação da lei penal e processual penal, igualdade entre as partes e imparcialidade necessária do juiz como órgão *super partes*, independente e neutro, apto a fornecer uma melhor prestação jurisdicional.

Como vimos, a legislação processual penal passou por uma reformulação, que se dá de tempos em tempos, em detrimento de um novo Código de Processo Penal, que, na prática, vai resultando em uma colcha de retalhos, dificultando a tarefa do exegeta de bem interpretar os novos dispositivos em consonância com os antigos dispositivos, e que, exatamente por isso, algumas perguntas só serão respondidas com a evolução da doutrina e da jurisprudência pátrias.

De qualquer modo, resultou em uma evolução, e, como toda evolução, esta também é bem-vinda. Resta-nos, agora, observar os resultados benéficos desta nova revisão do Código de Processo Penal.

⁵⁶ HC 167550-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 23.08.2019, processo eletrônico DJe-191 02.09.2019, publ. 03.09.2019.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Trad. Marcellus Polastri Lima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Manuel. *Noções elementares (sic) de processo civil*. Nova edição revista com a colaboração de Antunes Varela. Coimbra, I, 1963.

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, E. Ricardo. O Tribunal do Júri nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 4, n. 15, jul./set. 1995.

ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre o poder punitivo do Estado e garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COLOMER, Jean-Luis Gómez. La instrucción del proceso penal en España y los derechos del imputado. *RBCCRIM*, São Paulo: RT, n. 34, 2000.

FAIRCHILD, Erika S. *Comparative criminal justice systems*. California: Wadsworth Publishing Company, 2005.

FRAGA, Carlos Alberto Conde da Silva. *Subsídios para independência dos juizes*. O caso português. Lisboa: Edição Cosmos, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *A prisão preventiva e as restantes medidas de coação*. A providência do *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal. Coimbra: Almedina, 2003.

KROPPEL, Peter J. Van; PENROD, Steven D. *Adversarial versus inquisitorial justice*. Psychological perspectives on criminal justice systems. New York: Plenum Publisher, 2002.

LIMA, José Farah Lopes de Lima. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. São Paulo: Mizuno, 1987.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, volume único, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- LOPES, José Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- MACDONALD, William Frank [Hrsg.]: *The Prosecutor* ed. Beverly Hills [u.a.]: Sage Publ., 1979. 279 S. (Sage criminal Justice System Annuals; 11), 1979.
- MECONE, M. *Diritto processuale penale*. Napole: Simone, 2010.
- NEVES, Castanheira. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais. *RLJ*, 105 1972-1973 181. V.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PIMENTA, Jose da Costa. *Processo penal*. Sistemas e princípios. Lisboa: Petrony, t. I, 2003.
- PRADO, Geraldo. *O sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal alemán*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- SANTOS, Fernando Ferreira. *Direitos fundamentais e democracias*. O debate Habermas – Alexy. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Lisboa: Editorial Verbo, t. V, 2002.
- SILVA, José Geraldo; LAVORENTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. São Paulo: Millennium, 2004.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1996.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, t. I, 2002.
- VERNY, Édouard. *Cours*. Paris: Daloz, 2003.
- VV.AA. *Prova criminal e direito de defesa*. Estudos sobre a teoria da prova e garantias da defesa em processo penal. Sob a coordenação de Tereza Bizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Coimbra: Almedina, 2010.
- WARDIUS V. OREGON, 412 U.S. 470, 474, 93 Sct. 2208, 2211, 37 L. Ed2d 82 (1973).

Submissão em: 24.08.2020

Avaliado em: 28.09.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.09.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 05.10.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 18.10.2020

A SUPREMA CORTE BRASILEIRA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO NO PRIMEIRO VOTO VENCIDO NO HC 126.292/SP

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE: A CRITICAL ANALYSIS OF THE DISCOURSE MADE BY THE FIRST DISSENTING OPINION IN THE HC 126.292/SP

Jorge André de Carvalho Mendonça¹

Doutor em Direito Processual (Unicap, Recife/PE, Brasil)

ÁREA(S): direito público; direito constitucional; direito processual penal; linguagem e direito.

RESUMO: Este artigo consiste em uma análise crítica do discurso jurídico apresentado no primeiro voto divergente proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Por meio desta ação, a maioria do Supremo Tribunal Federal brasileiro superou seu próprio precedente que, com base na presunção de inocência, vedava a prisão como decorrência automática de condenação por uma corte de 2ª instância, quando ainda possível recurso para os tribunais superiores. O *corpus* foi escolhido não apenas por sua grande repercussão na população em geral, como também

porque, posteriormente, ele voltou a refletir a posição dominante na corte, baseada no ensinamento da maioria dos estudiosos do direito. Objetivando investigar o que está nas entrelinhas do texto enunciado, procurando eventual ideologia nele existente, utilizamos algumas categorias de estudo crítico, tais como a inferenciação, os modalizadores e os modos de operação da ideologia. Ao final, confirmarmos nossa hipótese de que o discurso não foi neutro, refletindo as preferências pessoais do seu enunciador, mas permitindo que a elite dominante mantenha a situação de controle na sociedade.

ABSTRACT: *This article consists of a critical analysis of the judicial discourse*

¹ Doutor em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco, com doutorado sanduíche na Universidade de Duke, nos EUA. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Juiz Federal em Recife/PE, na 5ª Região. *E-mail:* jandrecm@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4373993866526566>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3094-7660>.

presented by the first dissenting opinion delivered in the judgment of Habeas Corpus nº 126.292/SP. Through this lawsuit, the majority of the Brazilian Federal Supreme Court overruled its own precedent which, based on the presumption of innocence, forbid imprisonment as an automatic consequence of the conviction by a court at the second instance, when appeals are still allowed to the superior courts. The corpus was chosen not only because of its great repercussion among the general population, but also because later it returned to reflect the majority opinion in the court, based on most of the Brazilian law scholars. In order to search what lies between the lines of the expressed text, looking for its possible ideology, we used some categories of critical study, such as the inference, the modalization, and the modes of operation of ideology. Eventually, we confirmed our hypothesis that the reasoning was not neutral, reflecting personal preferences made by its author, although allowing the elite to continue to keep control in society.

PALAVRAS-CHAVE: *presunção de inocência; análise crítica do discurso jurídico; ideologia; manutenção de controle.*

KEYWORDS: *presumption of innocence; critical legal discourse analysis; ideology; control maintenance.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 A inferenciação e a modalização; 2 Os modos de operação da ideologia; 3 Explicação sobre o HC 126.292/SP; 4 Análise crítica do discurso jurídico no primeiro voto vencido no HC 126.292/SP; 5 O primeiro voto vencido no HC 126.292/SP como discurso possível das elites; Conclusão; Referências.*

SUMMARY: *Introduction; 1 The inference and the modalization; 2 The modes of operation of ideology; 3 Explanation about the HC 126.292/SP; 4 Critical Legal Analysis of the discourse made by the first dissenting opinion in the HC 126.292/SP; 5 The first dissenting opinion in the HC 126.292/SP as a possible discourse of the elites; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende efetuar uma análise crítica do discurso apresentado no primeiro voto divergente no *Habeas Corpus* (HC) nº 126.292/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 17 de fevereiro de 2016². Foi a partir do referido julgamento que o tema da “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário”, passou a tomar conta dos

² Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2020, encontrando-se o citado voto nas páginas cinquenta e cinco a cinquenta e sete.

noticiários, assim como de acalorados debates no meio forense e acadêmico, haja vista a sua grande importância para a nação.

Em 7 de novembro de 2019, no julgamento final conjunto das ADCs 43, 44 e 54/DF³, a maioria do STF se afastou da orientação adotada no referido remédio heroico, voltando à posição tomada, em 5 de fevereiro de 2009, no HC 84.087-7/MG⁴. Assim, poderia se pensar que este estudo deveria abordar o primeiro voto vencedor naquelas ações, o que, porém, não se faz possível, já que ele contém vinte e sete páginas⁵, havendo a necessidade de escolha de uma amostra menor, por questões de delimitação espacial, em face do nosso intuito de analisar cada uma das suas linhas. Ademais, no geral pensamos que o primeiro voto vencido no *writ* selecionado reflete um resumo da argumentação agora preponderante.

Pelo mesmo motivo, a análise não teria como abranger o inteiro teor do acórdão prolatado no HC 126.292/SP, muito menos partes que entendemos menos importantes, como a ementa, que tem função de simples resumo do conteúdo da decisão, para facilitação da sua divulgação; o relatório, cuja maior missão é apenas resumir os acontecimentos dos processos e os argumentos das partes; e o dispositivo, que somente reflete a conclusão final a que se chegou. Com mais de cem páginas, isso somente poderia ser feito em uma obra maior, um livro, o que destoaria do nosso objetivo.

A ideia da pesquisa surgiu em função de fortes alegações no sentido de que a posição vencedora naquele momento era exclusivamente ideológica. Para esta corrente, a letra da Constituição Federal (CF), escrita no art. 5º, LVII, da CF, não admitiria o seu raciocínio. Haveria uma clareza do seu texto que impediria a execução provisória de decisão penal condenatória em 2ª instância. Nesse sentido, Gerson Godinho da Costa afirmou que a redação constitucional trata de uma regra, não de um princípio, frente a sua densidade e fraca abertura semântica, tendo sido exorbitados os limites que orientam o aplicador da norma⁶.

³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁶ COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Federal*, São Paulo: Letras Jurídicas, ano 30, n. 96, p. 325 a 328, 1º sem. 2017.

Mais contundente ainda é o pensamento de Hüning e Ferreira, para quem o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, demonstrou o seu protagonismo ofensivo da separação de poderes, utilizando argumentos subjetivos de política além dos limites estabelecidos em “lei”⁷.

Não negamos a existência de fatores metajurídicos que influenciaram a posição mais rigorosa. Todavia, sem neste momento efetuar uma análise da dogmática constitucional ou processual penal, objetivamos apenas verificar se esse tipo de interferência subjetiva também se encontra presente na orientação mais branda, aqui representada na amostra escolhida, o que nos parece suficiente para testar a importância das afirmações expostas no parágrafo anterior. Para isso, faremos uma pesquisa qualitativa, somente pelo método da Análise Crítica do Discurso Jurídico (ADCJ)⁸, concatenada com alguns aspectos da criminologia e da sociologia, lembrando a sua importância para o direito público em geral, como também para o constitucional e para o processual penal.

A pergunta que desejamos responder é se o voto apresentado como *corpus* reflete, na prática, os efeitos da ideologia na produção de significados que são mascarados⁹, ainda que isso não ocorra de forma consciente ou intencional. Trazendo o contexto para dentro do debate, em uma abordagem relacionada aos valores que possam nele existir, a nossa hipótese é de que o seu enunciador não se manifestou de forma neutra, livre de suas crenças pessoais. Pelo contrário, na linha da ACDJ, ele teria usado palavras que refletem suas próprias convicções, não escolhidas por acaso, mas impregnadas de pontos de vista que vieram de algum tempo e lugar, com as influências que receberam ao longo da sua vida.

⁷ HÜNING, Agnes Carolina; FERREIRA, Rafael Fonseca. A presunção de inocência e o abandono do papel contramajoritário pelo Poder Judiciário. *Revista Eletrônica Direito e Política*, p. 649, 2º quadrim. 2017. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em: 23 jan. 2020. Poderíamos, é claro, citar, na mesma trilha, outros artigos jurídicos de revistas especializadas, como também uma enorme variedade de manuais genéricos de processo penal ou mesmo ensaios publicados em colunas eletrônicas. Isso, porém, aumentaria desnecessariamente o tamanho deste estudo, limitando-se a cansar o leitor.

⁸ A ACD é um estudo de oposição às estruturas e às estratégias do discurso das elites, com função de aumentar a consciência de que a linguagem contribui para a dominação de uma pessoa sobre a outra, tendo em vista tal consciência como primeiro passo para emancipação (MELO, Iran Ferreira. Análise do Discurso e Análise Crítica do Discurso: desdobramentos e intersecções. *Revista Eletrônica de Divulgação Científica em Língua Portuguesa, Linguística e Literatura*, ano 5, n. 11, p. 9, 2º sem. 2009. Disponível em: <www.letramagna.com>. Acesso em: 23 jan. 2020).

⁹ WODAK, Ruth. Do que trata a ACD - Um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. *Linguagem em (Dis)curso - LemD*, Tubarão, v. 4, número especial, p. 226, 2004.

Assim, procuraremos encontrar evidências de como as estruturas e práticas sociais afetam e determinam as escolhas dos elementos linguísticos utilizados, expondo, outrossim, os laços ocultos entre linguagem, poder e ideologia que possam existir no texto examinado¹⁰.

Embora seja muito fácil descobrir, não mencionaremos o nome do ministro enunciator do voto estudado, tampouco os nomes de outros ministros citados, indicando-os apenas pelas iniciais, por não termos a intenção de pessoalizar a pesquisa. Por isso, chamaremos a nossa amostra apenas de “voto RW”, cabendo ao leitor mais curioso descobrir o autor, se isso for do seu interesse, o que para nosso intuito não tem relevância sobre o resultado a ser alcançado.

Finalmente, é importante acentuar que, para a apreciação da amostra, é necessária a utilização de ferramentas, de categorias que possam sistematizar a análise, sempre em observância do contexto. Tais categorias correspondem aos operadores argumentativos, à referenciação, à coerência, à matriz social, às escolhas lexicais, às ordens do discurso, à narrativa, à metáfora, à intertextualidade, à interdiscursividade, etc. Aqui, porém, manteremos nosso foco em apenas algumas delas, a inferenciação, os modalizadores e, principalmente, os modos de operação da ideologia. Então, sigamos a elas.

1 A INFERENCIAÇÃO E A MODALIZAÇÃO

Uma das categorias que utilizaremos na análise crítica do discurso jurídico contido na nossa amostra é a inferenciação.

É comum no meio jurídico vermos o verbo inferir como sinônimo de perceber, verificar, utilizado pelo enunciator de um discurso para mencionar que alcançou uma resposta objetiva sobre um fato objeto de prova. Se olharmos o dicionário, contudo, veremos que inferir significa “deduzir; concluir por inferência ou dedução, partindo de indícios, fatos ou raciocínios”¹¹.

Mas a distinção aumenta quando passamos ao significado do termo utilizado pela ADCJ. Sob esse aspecto, apesar da ausência de uniformidade, podemos dizer que as inferências são construções de proposições novas, a partir

¹⁰ COLARES, Virgínia. Anistia constitucional: a escolha da base jurídica como estratégia para dizer “não”. Congresso Nacional do Conpedi, Vitória/ES, n. 20, 2011. *Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi*, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 11128, 2011. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 23 jan. 2020.

¹¹ Disponível em: <www.dicio.com.br>. Acesso em: 28 fev. 2018.

dos dados do texto, por meio das quais o leitor adiciona informações baseadas também no seu conhecimento prévio sobre algo, embora sem poder seguir cegamente a sua vontade¹².

São várias as espécies de inferências, mas, considerando os critérios utilizados para análise do nosso *corpus*, fiquemos aqui apenas com a inferência lógica e com a pressuposição¹³. A primeira nos permite que cheguemos a uma conclusão em decorrência de premissas tidas como verdadeiras. Todavia, como adverte Carraher, embora a lógica nos ajude a colocar nossas ideias em ordem, possui seus limites, seja diante da dificuldade de assegurar que as premissas originais sejam verdadeiras, seja porque as comunicações geralmente deixam de mencionar muitas ideias que são centrais para os argumentos que estão sendo desenvolvidos¹⁴.

Por sua vez, para nós a inferência lógica possui íntima relação com a pressuposição. O pressuposto corresponde a informações que podem ser igualmente inferidas a partir das sentenças, ou seja, do posto, embora com a finalidade de perceber conteúdos implícitos na fala dos indivíduos. Todavia, o mais importante é não perdermos de vista que, sob uma visão pragmática da pressuposição¹⁵, ela significa as crenças do falante, as proposições que ele admite, ou parece admitir, para poder realizar afirmações¹⁶. Como também é imprescindível ter em mente que, afastado o posto, o dito, o pressuposto claramente não será válido.

Já a modalidade, uma segunda ferramenta que utilizaremos na pesquisa, trata da relação entre os produtores e as proposições, do comprometimento

¹² COSCARELLI, Carla Viana. Reflexões sobre as inferências. Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada, Belo Horizonte/MG, n. 6, 2002. *Anais do VI CBLA – Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada*, Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, p. 2, 2002.

¹³ Também são espécies de inferências a analógica, as ideias subentendidas, a linguagem figurada, a conectiva, a elaborativa, a solução de problemas, a generalização, a análise, a síntese, etc.

¹⁴ CARRAHER, David William. *Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 77-78.

¹⁵ Falamos de pragmática aqui no sentido que procura descobrir os vários princípios que governam os diferentes sentidos dados pelo uso da linguagem (SOARES, Verônica de Fátima Camargo. Pressuposição: fato linguístico ou pragmático? Encontro Nacional de Professores de Letras e Artes, n. IV, 2009. *Mediando linguagens, entretecendo olhares*, Instituto Federal Fluminense, Campos dos Goytacazes: Essentia, 2009. p. 2), o que não se deve confundir com a expressão gramatical pragmática relativa a ser prático e objetivo.

¹⁶ EMILIO, Aline Cacilda Koteski. A noção de contexto sob perspectiva do implícito e da inferência. *Publicatio UEPG*, Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, v. 14, n. 1, p. 85, jun. 2006.

ou distanciamento entre eles de forma inseparável do relacionamento de outros participantes do discurso. O seu objetivo é determinar padrões, no texto, quanto ao grau de afinidade entre eles, visando avaliar o significado das suas características para as relações sociais no discurso e para o controle das representações da realidade¹⁷. Ela é entendida como a relação entre o autor de um texto e a representação, sendo relevante na construção discursiva de identidades, em um processo sempre afetado por relações sociais¹⁸.

Os modalizadores são vistos sob várias óticas. Podemos falar em modalização declarativa, representativa, declarativa-representativa, expressiva, diretiva, epistêmica, deôntica, axiológica, ôntica, etc.¹⁹ Não teremos como efetuar uma apreciação do *corpus* frente a cada uma delas, razão pela qual a limitaremos a dois movimentos de negociação: a negociação enfática e a negociação atenuada.

Os elementos modalizadores que expressam tentativas de negociação enfática explicitam um enunciador que se relaciona com o seu texto a partir de um engajamento total com o conteúdo modalizado. Com essa estratégia, o produtor se posiciona como quem tem conhecimento e autoridade sobre o texto, agindo incisivamente sobre o interlocutor ao apresentar certa leitura do mundo como necessária, minimizando as chances de o parceiro da interlocução contra-argumentar²⁰.

Mas também constitui estratégia válida, para a argumentação, a de manter um certo distanciamento do produtor em relação ao seu próprio texto, em uma negociação atenuada, por meio da qual os modalizadores abrandam o ato de fala. Diferentemente do que acontece com a negociação enfática, agora

¹⁷ FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Trad. Izabel Magalhães. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 180-181 e 288.

¹⁸ RESENDE, Viviane de Melo. Análise de Discurso Crítica: uma perspectiva transdisciplinar entre a linguística sistêmica funcional e a ciência social crítica. Congresso Internacional de Linguística Sistêmico-Funcional, São Paulo, n. 33, 2006. *Proceedings of the 33rd International Systemic Functional Congress*, LAEL, Programa de Pós-Graduação em Linguística Aplicada e Estudos de Linguagem, São Paulo, p. 1075, 2017.

¹⁹ SILVA, Anna Rafaela Rodrigues; COLARES, Virgínia. Processo judicial: análise de dispositivos de modalização nas interações interpessoais nos juizados especiais criminais. *Revista Intercâmbio*, São Paulo: LAEL/PUC-SP, v. XV, p. 3-4, 2006. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/intercambio>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

²⁰ CORBARI, Alcione Tereza. Modalizadores: a negociação em artigo de opinião. *Linguagem em (Dis)curso - LemD*, Tubarão, v. 16, n. 1, p. 124, jan./abr. 2016.

o enunciador apresenta argumentos de forma não incisiva, apenas como uma sugestão de leitura de fatos do mundo, o que, porém, acontece na tentativa de se apresentar como um analista ponderado, se aproximando do interlocutor a partir de uma interação menos tensa²¹, no intuito de obter sua concordância.

Passemos, então, à categoria de análise que mais aplicaremos no nosso estudo: os modos de operação da ideologia. Essa é a perspectiva principal sob a qual efetuaremos a análise crítica do discurso enunciado, razão pela qual nos permitimos fazer uma maior explicação teórica sobre ela.

2 OS MODOS DE OPERAÇÃO DA IDEOLOGIA

Não há uma uniformidade entre os autores quanto aos modos de operação da ideologia. Optamos por seguir aqui a classificação efetuada por John B. Thompson, por entendermos que ela possui uma melhor apresentação didática, mas complementando suas explicações principalmente com as de Terry Eagleton. Quando as comparamos, verificamos que algumas das estratégias ideológicas possuem conceitos muito próximos de outras, às vezes se assemelhando bastante, sem que isso, porém, impeça que as verifiquemos na superfície textual da nossa amostra, o que faremos adiante.

Podemos falar, então, em cinco modos gerais de operação da ideologia, os quais se subdividem em variadas estratégias típicas de construção simbólica. O primeiro é a legitimação, por meio da qual as relações “de dominação” são sustentadas como justas e dignas de apoio²². Ela, a legitimação, pode ocorrer pela racionalização, pela universalização ou pela narrativização.

A racionalização é o procedimento pelo qual o sujeito tenta apresentar uma explicação congruente ou aceitável, mas disfarçando o verdadeiro motivo, que é desacreditado em termos éticos²³. Pela universalização, o que serve aos interesses de uns é apresentado como interesse de todos²⁴. Ao discutir sobre a universalização da moral, por exemplo, Luhmann explica que inumeráveis

²¹ *Ibidem*, p. 125.

²² THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 82.

²³ EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Trad. Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997. p. 79.

²⁴ THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 83.

textos servem para assegurar essa novo padrão geral de todos os seres humanos, a despeito de a autonomia dos sistemas funcionais, assegurada por codificações próprias, excluir a metarregulação por meio de um supercódigo moral²⁵. Já a narrativização é a estratégia ideológica por meio da qual o enunciador do discurso conta o passado e trata o presente com parte de uma tradição eterna e imutável²⁶. Em outras palavras, ele legitima o presente mediante uma linha de raciocínio baseado no que ocorreu no passado.

Ainda no campo da legitimação, Max Weber apontou três tipos puros de dominação: a de caráter racional, baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que estão nomeados para exercer essa dominação legal; a de caráter tradicional, baseada nas tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que representam esse tipo de dominação; a de caráter carismático, baseada na veneração do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por ela criadas ou reveladas²⁷.

Um segundo modo de operação da ideologia acontece por meio da dissimulação, quando relações de dominação são estabelecidas e sustentadas por serem ocultadas ou pelo desvio da nossa atenção. Ela pode ocorrer com o uso de três estratégias: a do deslocamento, quando um termo inerente a um objeto ou pessoa é usado para se referir a outro, dando conotações positivas ao último; a da eufemização, que descreve ações despertando nelas valorações positivas; e do tropo, abrangente do uso de figuras de linguagem²⁸.

A unificação é o terceiro modo de operação da ideologia. Com ela, o autor do discurso liga os grupos ou as classes que sustentam certo ponto de vista, unindo-os em uma identidade unitária, embora internamente diferenciada, considerando que, na atualidade, as ideologias raramente são homogêneas²⁹. A unificação pode ocorrer pela estratégia da padronização, quando um referencial

²⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006. p. 822 e 826.

²⁶ THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 83.

²⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2000. p. 141.

²⁸ THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 83-84.

²⁹ EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Trad. Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997. p. 71.

padrão é proposto como fundamento partilhado e aceitável por todos, criando uma hierarquia legitimada, a despeito do contexto de grupos diversos; ou pela simbolização da unidade, com a construção de símbolos de unidade coletiva que unem indivíduos de maneira a suprimir as diferenças e divisões entre eles³⁰.

Nas palavras de Althusser, se os Aparelhos Ideológicos do Estado (AIE), tais como a igreja, as escolas, a família, os sistemas jurídico e político, a mídia, os sindicatos, etc.³¹, funcionam de forma massivamente predominante pela ideologia, o que unifica a sua diversidade é precisamente esse funcionamento, na medida em que a ideologia pela qual funcionam é sempre unificada na ideologia dominante, apesar de suas contradições e da sua diversidade³².

Falamos ainda na fragmentação como um modo de operação da ideologia, a qual mantém as relações de dominação pela separação de indivíduos e grupos que possam ameaçá-las. Ela pode ocorrer pelo uso da diferenciação, dando ênfase às distinções entre pessoas e grupos, apoiando as características que os desunem, ou pelo expurgo do outro, com a construção de um inimigo que é retratado como mau, perigoso e ameaçador, e contra o qual os indivíduos são chamados a resistir coletivamente³³.

Por fim, a reificação, modo da operação da ideologia que menciona uma situação transitória como se fosse permanente, natural e atemporal, retratando processos históricos como coisas naturais. Ela ocorre pela naturalização, estratégia que retrata como acontecimento natural um estado de coisas que na verdade é criação social; pela eternalização, quando fenômenos são esvaziados do seu caráter histórico e tratados como permanentes e imutáveis; pela nominalização, que descreve as ações de forma a apagar os nomes daqueles que as praticaram;

³⁰ THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 86.

³¹ Segundo Pêcheux, Althusser incluiu os sindicatos e os partidos políticos no conjunto de AIE de uma formação capitalista para designar uma função subalterna atribuída a eles, mas muito necessária e inevitável, pela qual são garantidos à classe dominante o contato e o diálogo com a classe adversária, função essa a que uma organização proletária não pode simplesmente conformar-se (PÊCHEUX, Michel. O mecanismo do (des)conhecimento ideológico, In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 145).

³² ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1969. p. 43-44 e 48.

³³ THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 87.

e pela passivização, que ocorre com o uso da voz passiva, apagando o sujeito da enunciação, o que também pode sustentar relações de dominação³⁴.

No nosso *corpus*, o primeiro voto divergente no HC 126.292/SP, não encontraremos todos os modos de operação de ideologia, nem todas as estratégias ideológicas citadas *supra*. Todavia, como passaremos agora a verificar, várias delas foram utilizadas, ainda que não tenhamos como saber se isso aconteceu de forma consciente ou não.

3 EXPLICAÇÃO SOBRE O HC 126.292/SP

O documento jurídico – *Habeas corpus contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)* – faz parte de um diálogo entre um réu, suspeito de ser autor de crime de roubo majorado, e o STF, embora a ação penal tenha tido curso nas instâncias inferiores.

Depois de condenado em 1º grau de jurisdição, com direito de recorrer em liberdade, o réu apelou para o Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo aquela corte negado provimento ao recurso, ocasião em que determinou a expedição de mandado de prisão. Inconformado, o réu impetrou um primeiro *habeas corpus* perante o STJ, sendo a liminar indeferida pelo seu Presidente de então. O HC 126.292/SP foi impetrado justamente contra essa decisão do STJ, tendo o Ministro Relator deferido a liminar para suspensão da prisão, havendo ainda parecer favorável da Procuradoria-Geral da República.

Todavia, no julgamento do mérito, o Relator proferiu voto contrário ao pedido do impetrante, no que foi acompanhado pela maioria, mas sem a adesão de todos os integrantes da corte. É sobre o primeiro voto divergente (aqui chamado de voto RW), repita-se, que iremos concentrar a nossa análise.

4 ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO NO PRIMEIRO VOTO VENCIDO NO HC 126.292/SP

Agora passamos concretamente à apreciação do primeiro voto divergente no HC 126.292/SP, decidido pelo Plenário do STF em 17 de fevereiro de 2016, com inteiro teor do acórdão divulgado no *website* oficial daquela corte superior (<http://www.stf.jus.br>). Visando facilitar o estudo que se segue, o texto será fracionado em oito fragmentos.

³⁴ *Ibidem*, p. 87-88.

1. Senhor Presidente, este habeas corpus não estava previsto com maior antecedência para
2. a pauta de hoje, e não tive condições de me debruçar sobre o tema com o cuidado e
3. atenção que estava a merecer. Faço esse registro porque, quanto às colocações e às
4. razões que estão levando o eminente Ministro TZ a propor a revisão da jurisprudência
5. desta Corte, eu compartilho das preocupações de Sua Excelência e louvo o belíssimo
6. voto, assim como as oportunas colocações do Ministro F e agora do Ministro LR.

Fragmento 1

A primeira questão em torno do discurso jurídico apresentado no fragmento 1 diz respeito a um problema do mundo real com grandes repercussões para a dogmática jurídica: o tempo dos Ministros do STF para estudo aprofundado dos temas mais importantes para o país (linha 2), o que, porém, não será aprofundado nesta pesquisa. Sob o aspecto da ACDJ, porém, verificamos que o produtor do discurso o inicia dizendo não ter estudado o assunto com o cuidado necessário (linhas 2 e 3), confessando suas dúvidas e incertezas, mas o fazendo, talvez, apenas para ganhar credibilidade – uso da modalização, pela espécie da negociação atenuada³⁵.

O emprego da negociação atenuada, como estratégia discursiva, pode ser novamente deduzido logo depois, quando, no mesmo fragmento, o enunciador diz compartilhar da preocupação da posição diversa, louvando os votos e as colocações contrárias (linhas 5 e 6), demonstrando polidez, mas, ao mesmo tempo, buscando acalmar o contra-argumento.

7. Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência
8. da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema
9. Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado.
10. Tenho procurado seguir nessa linha. Nada impede que a jurisprudência seja revista, por
11. óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que
12. os fatos e a própria realidade evoluem.

Fragmento 2

O fragmento 2 começa com o uso da estratégia da eternalização, com o texto falando de precedentes (“manutenção da jurisprudência”) como

³⁵ CORBARI, Alcione Tereza. Modalizadores: a negociação em artigo de opinião. *Linguagem em (Dis)curso - LemD*, Tubarão, v. 16, n. 1, p. 125, jan./abr. 2016.

fenômenos esvaziados de natureza histórica, como se eles fossem permanentes e imutáveis (linha 7). Embora também sejamos adeptos da ideia de observância dos precedentes, cuja superação exige um ônus argumentativo que mostre a alteração das circunstâncias sob as quais a anterior norma jurídica foi emitida, isso não retira o fato de ser ela possível. Essa possibilidade não foi analisada no caso concreto, sendo apresentado como fundamento principal a impossibilidade de estudo prévio sobre o tema, como mencionado na análise do fragmento 1, o que não nos parece suficiente.

Também concordamos com a importância atual do princípio da segurança jurídica, mas o texto não deixa de prestigiá-lo mediante o uso da universalização, dizendo ser ele importante para toda a sociedade (linhas 8 e 9), como se existissem verdades absolutas, certezas válidas para qualquer tempo e lugar. O problema é que a ideologia não se reproduz sob uma forma geral imposta à sociedade de maneira regular e homogênea³⁶. Além disso, no mesmo trecho o discurso também utiliza a unificação, tentando relacionar indivíduos diferentes como uma só unidade, com a estratégia específica da padronização, apresentando o referido princípio como fundamento partilhado e aceitável por todos.

Um pouco à frente o enunciador utiliza ainda a voz passiva, dizendo que o princípio da segurança jurídica “há de ser prestigiado” (linha 9). Então, o autor do texto se apaga, pela estratégia da passivização, com isso podendo haver uma intenção, ainda que inconsciente, de não se comprometer perante a sociedade com sua própria afirmação.

13. Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes
14. da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo
15. Tribunal Federal. Por isso é que, embora louvando, como já disse, e até compartilhando
16. dessas preocupações todas – é emblemático o caso que o eminente Ministro LR refere,
17. sob a minha relatoria, revelador do uso abusivo e indevido de recursos, e estamos todos
18. os dias enfrentando essa realidade –, eu, talvez por falta de reflexão maior, não me sinto
19. hoje à vontade para referendar a revisão da jurisprudência proposta. E digo por quê.

Fragmento 3

A despeito de concordarmos que a superação de precedentes não ocorra apenas em razão da mudança dos membros que integravam a respectiva Corte

³⁶ PÊCHEUX, Michel. O mecanismo do (des)conhecimento ideológico. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 144.

(linhas 13 e 14), no fragmento 3 o texto praticamente repete as estratégias que ele já tinha utilizado no fragmento 1. Fala no que seria um pensamento da “sociedade” sobre o STF (linha 14), o que faz mediante os citados fenômenos da universalização e unificação, utilizando-se novamente, também, da asserção fraca para louvar orientação contrária (linhas 15 e 16) e para não se comprometer, explicando que sua decisão talvez seja “por falta de reflexão maior” (linha 18), embora uma decisão irrefletida não fosse o ideal.

20. Colho do voto do Ministro EG, proferido no HC 84.078 – Tribunal Pleno, Diário de
 21. Justiça, de fevereiro de 2010, ou seja, há seis anos –, que por ele foi proposta a revisão da
 22. jurisprudência da Corte sobre o tema. E propôs a revisão da jurisprudência da Corte, que,
 23. como o Ministro TZ acentuou, era firme no sentido da possibilidade de execução da pena
 24. na pendência ainda de recursos, vale dizer, antes do trânsito em julgado da decisão
 25. condenatória, assim fundamentando:

Fragmento 4

O quarto fragmento é elaborado com o uso da estratégia da narrativização. Apesar de não concordarmos com mudanças aleatórias, seu produtor se limita a contar o passado, isto é, o julgamento do HC 84.078, em 2010, seis anos antes da emissão do texto em análise (linhas 20 e 21), como se ele fosse parte de uma tradição eterna. A tática utilizada, porém, tem aptidão para justificar o exercício do poder por aqueles que o possuem, como iremos demonstrar mais à frente.

26. “A execução da sentença, antes de transitada em julgado, é incompatível com o texto do
 27. art. 5, LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de Sua Excelência, (no caso o
 28. Ministro SP), no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva – (agora, palavras do
 29. Ministro SP): “[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória
 30. recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do
 31. cumprimento da pena. [...] E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra
 32. constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado
 33. a condenação, são coisas, *data venia, que hurlent de se trouver ensemble.* [...]”

Fragmento 5

No fragmento 5 podemos verificar o uso de um texto de direito positivo para justificar a argumentação (linhas 26 e 27). A despeito de aderimos à importância de seguirmos a “legislação”, não podemos deixar de mencionar que

se trata de um típico caso de legitimação pelo caráter racional, concordemos ou não com ela. Isso pode corresponder a uma dominação baseada em estatutos, com obediência à “ordem impessoal”, objetiva e legalmente estatuída, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas³⁷.

Mas para nós o pior nem é isso. Logo em seguida, o discurso defende que a prisão, quando ainda não transitada em julgado a condenação, de acordo com o texto citado, só é possível em duas situações: se for de natureza cautelar ou se for antecipação do cumprimento da pena (linhas 30 e 31). Em outras palavras, do posto, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF), o enunciador chegou a um pressuposto, mediante uma inferenciação, o que, no entanto, como dito anteriormente, reflete suas próprias crenças.

O problema é que o texto invocado estabelece apenas que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Se não ser considerado culpado também implica dizer não ser preso, o que é uma inferência válida, embora decorrente de uma norma aberta, apta a interpretações diversas igualmente válidas, a pergunta que apresenta difícil resposta é: Onde está a autorização, ao menos no bojo do dispositivo utilizado, para alguém ser preso de forma cautelar, antes do trânsito em julgado? A inferência lógica realizada mais parece ideológica. Se a escolha for apenas por essa inferenciação, ninguém poderá ser preso, em nenhuma situação, de forma provisória, ou seja, antes do trânsito em julgado³⁸.

³⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2000. p. 141.

³⁸ Sob o ponto de vista da teoria do direito, em outros trabalhos abordaremos diversos problemas da posição vencedora, especialmente relacionados à doutrina dos precedentes. Aqui, porém, é interessante observar apenas que a autorização constitucional para prisões antes do trânsito em julgado está, na verdade, em outros dispositivos constitucionais. O inciso LXI do mesmo art. 5º estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, enquanto, segundo o inciso LXVI, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, parecendo dar a última palavra à lei federal, a qual está fora do objeto desta pesquisa.

34. Também o Ministro MA afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade,
35. sem afronta ao art. 5º da Constituição de 1988, da antecipação provisória do
36. cumprimento da pena. Sigo lendo da fundamentação do HC citado: “Aqui, mais do que
37. diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada,
38. em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que
39. a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás,
40. parenteticamente – e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia,
41. porque as palavras são terríveis, denunciam causticamente –, anoto a circunstância de o
42. vocábulo “antecipada”, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da
43. execução assim operada”. “Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser
44. incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução
45. antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da
46. doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso,
47. aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto exposto da
48. Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução
49. antecipada da pena.”

Fragmento 6

No fragmento 6 o enunciador volta a tentar legitimar seu discurso pelo caráter racional, dizendo estar fundamentado em norma constitucional positiva (linhas 35, 38 e 48). Também torna a utilizar a estratégia da padronização como forma de operar a ideologia quando fala na “antipatia da doutrina” (linhas 45 e 46) em relação à posição contrária à sua, o que tem o intuito de apresentar o referencial proposto como o único correto, que deveria ser aceito por todos.

Ao falar duas vezes em “boa doutrina” (linhas 39 e 44), o produtor do texto passa à estratégia do expurgo do outro. Se apenas as produções acadêmicas que respaldam sua posição são boas, ele quer dizer que as outras são ruins, até ameaçadoras das liberdades, o que tem a finalidade de conduzir todos a resistirem contra o pensamento contrário ao seu.

Além disso, embora o fragmento 6 seja basicamente decorrente da utilização da argumentação de um terceiro, mais especificamente do voto de outro Ministro na formação do precedente que estava sendo superado, o enunciador não deixa de mudar sua tática, saindo do uso da negociação atenuada e passando para uma força ilocutória que emprega uma asserção forte, por meio de uma negociação enfática. Isso pode ser visto pelo caráter incisivo de vários trechos:

“regra expressa afirmada, em todas as letras” (linha 38); “severamente criticado” (linhas 39 e 44); “denunciam causticamente” (linha 41), “suficientemente” (linha 42), “muito mais do que isso” (linha 46) e “há oposição, confronto, contraste bem vindicado” (linha 47).

A utilização da negociação enfática pretende apresentar uma opinião de tal forma que negá-la seria admitir a ignorância sobre os fatos trazidos para o texto, em uma postura que, contudo, busca assegurar que a leitura proposta, ou mesmo imposta, seja aceita pelo interlocutor. Ela se configura como uma estratégia de interpelação, pois o produtor impõe um determinado ponto de vista, apresentando-o como uma verdade à qual o leitor deve se sentir persuadido a aderir³⁹.

50. Este Plenário apreciou o tema com profundidade, naquela oportunidade, à luz da
51. Constituição. Exarados votos, inclusive um belíssimo, como sempre, do nosso eminente
52. decano, Ministro CM, no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência,
53. ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Fragmento 7

Passando ao fragmento 7, o enunciador repete a estratégia da eternalização, dizendo que o tema já tinha sido apreciado com profundidade em oportunidade anterior (linha 50), como se isso impossibilitasse qualquer mudança⁴⁰, também pretendendo, agora pela última vez, legitimar seu discurso pelo uso do que seria um caráter racional do seu texto, citando a Constituição (linha 51).

Mas este trecho tenta ainda tornar o discurso legítimo pela utilização de um fundamento carismático, fazendo-se apoiar no Ministro decano (linha 52), o mais antigo da Corte, apontando-lhe um caráter exemplar que deveria ser seguido.

³⁹ CORBARI, Alcione Tereza. Modalizadores: a negociação em artigo de opinião. *Linguagem em (Dis)curso - LemD*, Tubarão, v. 16, n. 1, p. 124 e 126, jan./abr. 2016.

⁴⁰ Na nossa opinião, não havia mesmo motivo para superação do precedente formado no HC 84.078/MG, mas, além da necessidade de explicação sobre a ausência de razões que motivassem o *overruling*, o acórdão proferido naquela ocasião ainda não tinha eficácia vinculante.

54. Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor
55. caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão
56. sobre o texto constitucional no aspecto. Não ousou, Senhor Presidente, no momento,
57. repito, com todo o respeito, pedindo vênias ao eminente Relator e aos Ministros que o
58. acompanharam, afastar os fundamentos antes lembrados para referendar a revisão da
59. jurisprudência da Corte. Assim, forte no critério que expus como norte da minha atuação
60. nesta Casa, divirjo para conceder a ordem. Pelo que deparei do voto do Ministro T, o
61. Ministro F, no STJ, indeferiu a liminar em impetração contra decisão do Tribunal de
62. Justiça de São Paulo que determinara “execute-se a pena”, em execução provisória, não
63. se tratando de decreto de prisão cautelar. Respeitosamente divirjo, portanto, concedendo
64. a ordem.
65. É como voto.

Fragmento 8

Por fim, o fragmento 8 não apresenta nada de novo. Ao dizer que a melhor solução não passa pela alteração do precedente (linha 55), o texto expressa, agora pela última vez, a estratégia da eternalização. E, ao pedir “vênias” aos Ministros que se posicionaram de forma contrária (linhas 57 e 58), retorna à asserção fraca utilizada da mesma maneira feita no início do discurso, querendo mostrar um equilíbrio apto a conseguir a adesão do leitor.

5 O PRIMEIRO VOTO VENCIDO NO HC 126.292/SP COMO DISCURSO POSSÍVEL DAS ELITES

A ACD pode ser definida como um campo fundamentalmente interessado em analisar relações estruturais de discriminação, poder e controle, manifestas na linguagem transparente ou velada. Ela leva em conta as premissas de que o discurso é estruturado pela dominação e que as estruturas de dominação são legitimadas pelas ideologias dos grupos que detêm o poder. A sua abordagem em tese possibilita uma resistência às relações desiguais de poder, que figuram como convenções sociais⁴¹.

⁴¹ WODAK, Ruth. Do que trata a ACD – Um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, v. 4, número especial, p. 225 e 226, 2004.

Partindo do raciocínio de que a ACD é um estudo de oposição às relações de manutenção de poder⁴², serão muitos aqueles que defenderão que é justamente a orientação contrária à da amostra examinada neste estudo a que autoriza a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário”, a que merece uma análise crítica. O argumento será de que a posição vencedora no HC 126.292/SP parte de uma ideologia repressora, referendando uma opressão do Estado em relação à população.

Todavia, a ideologia não se reproduz sob uma forma geral imposta à sociedade de maneira regular e homogênea⁴³. Não havendo certezas absolutas válidas para todos os tempos e lugares, é importante pensar criticamente, mas para isso é necessário ser perspicaz, enxergando além da superfície, questionando onde não há perguntas já formuladas e vendo facetas que os outros não estão considerando⁴⁴, não bastando uma leitura meramente passiva daquilo que nos é apresentado. Por isso, nos permitimos apresentar um ponto de vista diferente, entendendo-o como aquele mais consentâneo com a proposta de resistência às elites.

O liberalismo penal tem origem no movimento burguês oriundo da Revolução Francesa, o qual, a despeito das suas notáveis contribuições para o direito penal e processual penal, não teve como intuito principal o de afastar os mais pobres do cárcere, almejando beneficiar apenas aqueles integrantes da então emergente classe dominante. Ao menos desde a década de 80 cresceu no Brasil um movimento penal liberal, sendo dele a ideologia defensora da posição adotada no *corpus* que escolhemos para análise. Todavia, como lembra

⁴² Sob o ponto de vista da ideologia, Thompson sustenta que ela serve apenas para reforçar pessoas e grupos que ocupam posição de poder, estabelecendo e sustentando relações de dominação (THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 76). Por outro lado, para Eagleton há ideologia tanto na classe dominante quanto na dominada, a exemplo do que sugere ao tratar da unificação como estratégia ideológica, afirmando que as “ideologias” de oposição costumam refletir uma aliança provisória de forças radicais diversas das dominantes (EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Trad. Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997. p. 71).

⁴³ PÊCHEUX, Michel. O mecanismo do (des)conhecimento ideológico. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 144.

⁴⁴ CARRAHER, David William. *Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 78.

Pêcheux, as ideologias não se compõem de ideias, mas de práticas⁴⁵. Passados aproximados 30 anos da promulgação da Constituição, o cliente do sistema de justiça criminal pouco mudou, mesmo tendo o direito sido alterado para atender os anseios do citado movimento.

No levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen), de dezembro de 2014, foi apresentado o mapa da evolução da população prisional no Brasil, quando os dados mostraram que os encarcerados apresentavam um perfil de prática crimes mais visíveis e/ou mais violentos, tendo passado pelos filtros do sistema de justiça criminal. Após as sucessivas etapas – Polícia, Ministério Público e Judiciário –, sobravam os criminosos não brancos, do sexo masculino, mais pobres, menos escolarizados, com pior acesso à defesa e reincidentes, perfil que seria diferente se os órgãos de controle e a sociedade focassem nos crimes de colarinho branco⁴⁶. Embora sem ser tão categórico, é interessante observar alguns pontos do relatório de 2017, especialmente no que toca ao “número de crimes tentados/consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento”. Nós enfatizamos 64.048 crimes contra a pessoa e 234.866 crimes contra o patrimônio, comparando com apenas 483 crimes contra a Administração Pública. Ao tratar dos números com base no grupo legislação específica, o relatório sequer os indica no tocante aos crimes contra a ordem tributária, ao crime organizado, à lavagem de dinheiro, aos crimes contra o sistema financeiro ou outros tipos que possam ser enquadrados no conceito de crime do colarinho branco⁴⁷.

Para fazer uma afirmação precisa, seria necessária uma difícil pesquisa empírica que fuge da nossa proposta. Mas não nos parece absurdo supor, ao menos no momento, que é a classe dominante aquela que tem mais acesso à defesa, com a possibilidade de fazer o processo contra ela demorar mais tempo, especialmente pelo acesso às instâncias superiores. Assim, a probabilidade é de um elemento muito forte a demonstrar que, na prática, o discurso contido

⁴⁵ PÊCHEUX, Michel. O mecanismo do (des)conhecimento ideológico. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 143.

⁴⁶ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁴⁷ Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

no *corpus* analisado, embora inconscientemente⁴⁸, pouco beneficie os menos favorecidos, servindo mais para proteger os interesses da elite, aquela que continua fora do alcance do sistema penal.

Essa inversão de raciocínio, pouco discutida no Brasil, já vem sendo debatida no estrangeiro. Na Alemanha, país com Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) bem superior ao brasileiro, o debate sobre esse tipo de liberalismo penal é acirrado, inexistindo uma verdade única a ser seguida por todos. Contrariando a Escola Penal de Frankfurt, mais liberal, Naucke, entre outros professores germânicos, defende uma reação penal contra os processos econômicos, politicamente poderosos, que lesionam cidadãos individuais, expondo a resistência de um setor autoritário e poderoso, aquele que detém o sistema econômico-financeiro⁴⁹.

Nos Estados Unidos, embora o legislador tenha promulgado várias leis para punir crimes de colarinho branco, estudiosos e profissionais do direito continuam concordando com a falta de punição suficiente em relação a tais crimes⁵⁰. Possivelmente por isso Garret, embora tratando especificamente dos crimes financeiros, assevera que tem sido mais bem avaliada a importância da responsabilidade criminal por esses tipos de ilícitos penais, ainda que eles estejam cientes de que o papel do direito penal seja e deva ser limitado a apenas a condutas mais graves⁵¹.

Infelizmente para nós, o fato é que a maioria dos crimes ainda é percebida como praticada pela parte desviante e mais pobre da população; portanto, o crime de colarinho branco foi subestimado em uma avaliação social, permanecendo na zona de negócios socialmente aceitáveis e economicamente justificáveis⁵².

⁴⁸ O traço comum entre ideologia e inconsciente é o fato de elas operarem ocultando sua própria existência, produzindo uma rede de verdades “subjetivas” evidentes (PÊCHEUX, Michel. O mecanismo do (des) conhecimento ideológico. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 145).

⁴⁹ NAUCKE, Wolfgang. *El Concepto de Delito Económico-político: Uma aproximación*. Trad. Eugenio Sarrabayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 37.

⁵⁰ LEFEUVRE, Elise E. Sentencing White-Collar Crime in the Wake of the 2008 Financial Crisis. *University College Cork*, Feb 23, p. 2, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2912881>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁵¹ GARRET, Brandon L. The Rise of Bank Prosecutions. *The Yale Journal Forum*, May 23, p. 47, 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2811121>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁵² LEFEUVRE, Elise E. Sentencing White-Collar Crime in the Wake of the 2008 Financial Crisis. *University College Cork*, Feb 23, p. 1, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2912881>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

Falta a percepção de que eles podem ser uma das grandes causas indiretas da criminalidade tradicional.

Por tais argumentos é que entendemos possível incluir o primeiro voto divergente no HC 126.292/SP dentro do objeto de estudo da ACDJ, como um possível discurso que indiretamente possa proteger os crimes do colarinho branco e, em consequência, as relações de poder.

CONCLUSÃO

Já dissemos antes que não discordamos da existência de fatores subjetivos, extrajurídicos, que influenciam a posição a favor da “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário”. Todavia, ao pesquisar a superfície textual do primeiro voto divergente apresentado no HC 126.292/SP, que seguiu a orientação contrária, também percebemos claros sinais de ideologia e poder refletidos na argumentação que foi por ele utilizada.

A partir de três categorias de análise crítica, a inferenciação, os modalizadores e os modos de operação da ideologia, confirmamos a nossa hipótese de que o discurso apresentado na amostra não foi neutro, até por inexistir a almejada objetividade na prolação de decisões, prevalecendo, ao contrário, a subjetividade natural às linguagens ordinárias humanas⁵³. Embora essa constatação possa parecer trivial, ela tem sido mais percebida e mais mencionada em outros países, ou, quando no Brasil, em áreas de diferentes do direito, o que nos parece realçar a importância deste estudo.

Não deixamos de reconhecer que temos nossa própria ideologia, claro. Consideramos que todos os atos de fala são estratégias linguístico-discursivas, que todo analista crítico do discurso também tem seus valores, não sendo possível evitar que a linguagem seja permeada por eles. Se tivéssemos optado pela análise crítica de votos proferidos em sentido contrário ao do *corpus* escolhido, provavelmente também encontraríamos neles as marcas das suas crenças particulares. Na verdade, pensamos que todos os discursos, ainda que diametralmente opostos, podem ser objeto de análise crítica, mediante o uso de ferramentas que apontem suas diferentes ideologias. O importante para uma maior cientificidade da pesquisa, porém, é que nós também utilizamos tais

⁵³ COLARES, Virgínia. Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome. *ReVEL*, v. 12, n. 23, p. 142, ago. 2014. Disponível em: <www.revel.inf.br>. Acesso em: 29 jan. 2020.

ferramentas, por meio das quais confirmamos que a ideologia não está presente em apenas um dos lados, mas em ambos, ou em todos.

O inconsciente, com tudo aquilo que carrega, atua fortemente na formação dos critérios de decisão do julgador e em sua particular forma de enxergar o mundo, o que repercute, inevitavelmente, no processo de tomada de decisão e no resultado de seus julgamentos. Assim, é extremamente duvidosa a possibilidade de os Ministros agirem com neutralidade, porque a própria ideia de neutralidade contrasta com a atividade de julgar. Juiz neutro seria apenas aquele que conseguisse se desconectar das condições históricas que lhe moldaram a personalidade e o caráter durante toda a vida, deixando de ser a pessoa que era para se tornar uma não pessoa, um ser indiferente, sem identidade, situação que não existe como fato da vida real⁵⁴.

Enfim, com o uso das ferramentas citadas, entendemos que a enunciação do voto analisado apresentou suas próprias ideias justiça, ao menos sob uma análise da superfície textual apresentada⁵⁵, embora colocada pela orientação contrária, ainda que implicitamente, em posição de defesa da manutenção de situações de domínio⁵⁶. E foi justamente este outro modo de ver as coisas que adotamos, razão pela qual defendemos que, na prática, o discurso utilizado também termina possuindo o potencial de proteger os interesses das classes dominantes.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1969.

⁵⁴ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virginia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 672 e 673, 2018.

⁵⁵ ACD trabalha a partir do texto, inclusive sem precisar indicar o enunciador do discurso. Por isso, o passado ideológico do enunciador não é importante, tampouco aquilo que ele disse em outros textos, embora isso pudesse ser útil para a retórica. Aliás, talvez um estudo transdisciplinar entre ACD e retórica também seja interessante, mas não é essa a proposta da nossa pesquisa.

⁵⁶ No ponto, interessante ver o fundamento do acórdão nas suas páginas 52-53.

CARRAHER, David William. *Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas*. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

COLARES, Virgínia. Anistia constitucional: a escolha da base jurídica como estratégia para dizer “não”. Congresso Nacional do Conpedi, Vitória/ES, n. 20, 2011. *Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi*, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 11126-11141, 2011. Disponível em: <www.conpedi.org.br>. Acesso em: 23 jan. 2020.

_____. Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome. *ReVEL*, v. 12, n. 23, p. 120-147, ago. 2014. Disponível em: <www.revel.inf.br>. Acesso em: 29 jan. 2020.

CORBARI, Alcione Tereza. Modalizadores: a negociação em artigo de opinião. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, v. 16, n. 1, p. 117-131, jan./abr. 2016.

COSCARELLI, Carla Viana. Reflexões sobre as inferências. Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada, Belo Horizonte/MG, n. 6, 2002. *Anais do VI CBLA – Congresso Brasileiro de Linguística Aplicada*, Belo Horizonte: Faculdade de Letras da UFMG, p. 1-15, 2002.

COSTA, Gerson Godinho da. A presunção de inocência e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Federal*, São Paulo: Letras Jurídicas, ano 30, n. 96, p. 311-337, 1º sem. 2017.

EAGLETON, Terry. *Ideología: una introducción*. Trad. Jorge Vigil Rubio. Barcelona: Paidós, 1997.

EMILIO, Aline Cacilda Koteski. A noção de contexto sob perspectiva do implícito e da inferência. *Publicatio UEPG*, Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, v. 14, n. 1, p. 81-87, jun. 2006.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Trad. Izabel Magalhães. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

GARRET, Brandon L. The Rise of Bank Prosecutions. *The Yale Journal Forum*, May 23, 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2811121>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

HÜNING, Agnes Carolina; FERREIRA, Rafael Fonseca. A presunção de inocência e o abandono do papel contramajoritário pelo Poder Judiciário. *Revista Eletrônica Direito e Política*, p. 643-659, 2º quadrim. 2017. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 23 jan. 2020.

LEFEUVRE, Elise E. Sentencing White-Collar Crime in the Wake of the 2008 Financial Crisis. *University College Cork*, Feb 23, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2912881>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

MELO, Iran Ferreira. Análise do Discurso e Análise Crítica do Discurso: desdobramentos e intersecções. *Revista Eletrônica de Divulgação Científica em Língua Portuguesa, Linguística e Literatura*, ano 5, n. 11, 2º sem. 2009. Disponível em: <www.letramagna.com>. Acesso em: 23 jan. 2020.

NAUCKE, Wolfgang. *El Concepto de Delito Económico-político: una aproximación*. Trad. Eugenio Sarra Bayrouse. Madrid: Marcial Pons, 2015.

PÊCHEUX, Michel. O mecanismo do (des)conhecimento ideológico. In: ZIZEK, Slavoj (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 143-152.

RESENDE, Viviane de Melo. Análise de Discurso Crítica: uma perspectiva transdisciplinar entre a linguística sistêmica funcional e a ciência social crítica. Congresso Internacional de Linguística Sistêmico-Funcional, São Paulo, n. 33, 2006. *Proceedings of the 33rd International Systemic Functional Congress*, LAEL, Programa de Pós-Graduação em Linguística Aplicada e Estudos de Linguagem, São Paulo, 2017. p. 1069-1081.

SILVA, Anna Rafaela Rodrigues; COLARES, Virgínia. Processo judicial: análise de dispositivos de modalização nas interações interpessoais nos juizados especiais criminais. *Revista Intercâmbio*, São Paulo: LAEL/PUC-SP, v. XV, p. 1-11, 2006. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/intercambio>>. Acesso em: 23 jan. 2020.

SOARES, Verônica de Fátima Camargo. Pressuposição: fato linguístico ou pragmático? Encontro Nacional de Professores de Letras e Artes, n. IV, 2009. *Mediando linguagens, entretecendo olhares*, Instituto Federal Fluminense, Campos dos Goytacazes: Essentia, 2009. p. 1-11.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 9. ed. Trad. Grupo de Estudos sobre Ideologia, comunicação e representações sociais da pós-graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Vozes, 2011.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2000.

WODAK, Ruth. Do que trata a ACD – Um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, v. 4, número especial, p. 223-243, 2004.

Submissão em: 29.01.2020

Avaliado em: 12.08.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 11.08.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 01.09.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 05.10.2020

OS IMPASSES NAS TRANSFERÊNCIAS FEDERAIS COMPENSATÓRIAS PARA ESTADOS EXPORTADORES¹

*THE IMPASSES ON FEDERAL COMPENSATORY TRANSFERENCES TO
EXPORTING STATES*

José Roberto Rodrigues Afonso²

Professor do Mestrado e Doutorado (IDP, Brasília/DF, Brasil)

Luciano Felício Fuck³

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP, São Paulo/SP, Brasil)

Lais Khaled Porto⁴

Doutoranda em Direito Constitucional (IDP, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S): Direito público; direito constitucional; direito financeiro; direito tributário.

RESUMO: O art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

prevê a realização de repasses financeiros da União para Estados, por regramento a cargo de lei complementar, cuja edição se tornou mandatária a partir da Emenda Constitucional nº 42/2003 –

¹ Como de praxe, as opiniões são dos autores e não das instituições a que estão vinculados. Elaborado com base em atos e dados disponíveis até junho de 2019 – anterior, portanto, ao acordo homologado pelo Supremo Tribunal Federal, entre União e Estados, em maio de 2020.

² Economista e Contabilista, Pós-Doutorando da Universidade de Lisboa, Doutor em Economia pela UNICAMP e Mestre pela UFRJ, Investigador do CAPP da Universidade de Lisboa, Consultor independente. *E-mail:* jose robertoafonso.pt@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/6297334841318823>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-8434-5764>>.

³ Professor do IDP, Mestre em Direito (LL.M. Eur.) pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität - LMU). *E-mail:* luciano@mendesenagib.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/0603872965478252>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-6097-7513>>.

⁴ Advogada, Pós-Graduada em Direito Tributário e Finanças Públicas, Mestra em Direito Constitucional pelo IDP, Professora da Graduação do IDP. *E-mail:* lais.porto@idp.edu.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/4325501784336681>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-7855-4084>>.

mesmo instrumento que alçou à esfera constitucional a desoneração do ICMS sobre as exportações, instituída pela chamada Lei Kandir. O Supremo Tribunal Federal declarou omissão inconstitucional do Legislativo Federal na edição do normativo, o que traz à tona, para além do puro montante e critério de rateio, problemáticas como a do limite temporal das transferências e do aproveitamento de créditos, analisadas, no presente trabalho, a partir de método dedutivo e em uma perspectiva jurídico-econômica, concluindo-se pela necessária observância dessas particularidades para a devida equalização federativa.

ABSTRACT: *The article 91 of the Act of the Transitional Constitutional Provisions predicts the execution of financial transferences from the Brazilian Central Government to the States, through regulation defined by Complementary Law, which edition became mandatory with the Constitutional Amendment nº 42/03– same instrument that elevated to the Constitutional sphere the exemption of ICMS on exports, instituted by the Kandir Law. The Brazilian Supreme Court declared the unconstitutional omission of the Federal Legislative on the edition of the normative, what brings to discussion, besides the simple amount and method of apportionment, problems as the temporal limit of the transferences and the utilization of credits, analyzed, on the present study, from a deductive method and a legal-economic perspective, leading towards the essential observance of these particularities for the appropriate federative equalization.*

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo fiscal; desoneração do ICMS-exportação; transferência constitucional; equilíbrio federativo.

KEYWORDS: *Fiscal federalism; exemption of the ICMS-exports; constitutional transference; federative balance.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A decisão do STF na ADO 25 e o papel do TCU e do Confaz; 2 Limite temporal da transferência prevista pelo artigo 91 do ADCT; 3 A questão do aproveitamento de créditos; 4 A equalização como princípio motriz da concessão de transferências pela União aos Estados, no âmbito do artigo 91 do ADCT; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The STF's decision on ADO 25 case and the role of TCU and Confaz; 2 Temporal limit of the transference predicted by the article 91 of the ADCT; 3 The issue of the credits' acceptance; 4 The equalization as the driving principle on the concession of transferences by the Union to the States, under the ambit of the article 91 of the ADCT; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A efetiva concretização do federalismo cooperativo no Brasil, modelo consagrado na Constituição Federal de 1988, pressupõe a autonomia de estados e municípios, em condições de isonomia vertical e horizontal. Tal instituto perpassa por regras de repartição de competências, de modo que nosso sistema financeiro é estruturado por meio dessa e de outras fontes de receita, de um lado; a possibilitarem os gastos imputados a cada ente, do outro, no atendimento às necessidades públicas atribuídas à sua responsabilidade.

Qualquer supressão de ordem tributária, portanto, impacta nesse equilíbrio relativo à correspondência entre receitas e despesas e, quando afeta mais um ente do que o outro, gera desequilíbrio federativo, especialmente em se tratando de um ônus suportado em prol da federação como um todo.

É nesse contexto que se dá um dos maiores impasses experimentados pela federação brasileira: o decorrente da desoneração das exportações⁵, inicialmente prevista apenas para produtos industrializados e, posteriormente, a partir da Lei Complementar nº 87, de 1996 (conhecida como Lei Kandir), estendida aos produtos primários e semielaborados, implicando em perda de receita, especialmente, para os estados que tinham a exportação de *commodities* dentre suas principais atividades econômicas.

Na perspectiva de dirimir o desequilíbrio sistêmico na concretização da política fiscal de interesse nacional, de modo que alguns estados não sejam financeiramente mais impactados do que outros, o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fruto da Emenda Constitucional nº 42, de 2003 – que alçou à esfera constitucional a desoneração do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços de transportes e comunicações – ICMS sobre exportação de bens primários e semielaborados –, exige que a União entregue recursos aos Estados e ao Distrito Federal segundo montante, critérios, prazos e condições estabelecidos em lei complementar.

Como essa lei não havia sido editada até o final de 2016, a omissão do Congresso Nacional foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

⁵ Sobre a motivação para edição da Lei Kandir, bem como os efeitos econômicos da desoneração das exportações para o País, vale ver, dentre outros, estudo de Ricardo Varsano (VARSANO, Ricardo. *Fazendo e desfazendo a Lei Kandir*. BID: 2013). Disponível em: <<https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Fazendo-e-desfazendo-a-Lei-Kandir.pdf>>.

Federal (STF). A Corte determinou, por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, que, se o Congresso não a aprovasse em prazo definido na decisão (inicialmente de um ano), e enquanto não o fizesse, o Tribunal de Contas da União (TCU) deveria dispor sobre a matéria.

Em síntese, são duas questões, inegavelmente complexas e sensíveis, a serem resolvidas na lei complementar e/ou eventual regramento suplementar a ser estabelecido pelo TCU. Primeiro: qual o montante global a ser transferido? Segundo: como reparti-lo entre as unidades federadas?

O presente trabalho tem por finalidade chamar a atenção para alguns detalhes que têm sido ignorados ou esquecidos no atual debate, como o limite temporal das transferências e a questão do creditamento dos contribuintes, na perspectiva de que seus efeitos sejam contemplados no bojo da formulação dos repasses constitucionalmente ordenados.

Antes de tudo, é fundamental atentar que a referida norma constitucional transitória faculta – mas não obriga – que, para fins de rateio dos recursos entre os Estados, sejam considerados os critérios ou condições nela enumerados, a saber: as exportações de produtos não industrializados, o saldo da balança comercial, os investimentos produtivos e os créditos aproveitados pelos contribuintes do ICMS. Essas variáveis podem ser consideradas todas, apenas algumas, ou nenhuma delas. O legislador constituinte derivado se limitou a sinalizar ou a indicar, mas, se quisesse exigir sua adoção, não teria adotado o verbo “poder”.

O impasse distributivo que se analisa, portanto, não diz respeito estritamente a supostas perdas e compensações em termos estritamente monetários – prisma pelo qual habitualmente se analisa a questão –, mas ao desejado e constitucionalmente ordenado equilíbrio federativo.

Para tanto, a presente pesquisa estrutura-se, essencialmente, como um estudo de caso, desenvolvido a partir de método dedutivo, por uma abordagem sociojurídica interdisciplinar (com elementos, especialmente, das ciências jurídicas e econômica), visando resultado de natureza qualitativa, ao qual o leitor será levado após perpassar pelo conteúdo da decisão e por duas das maiores problemáticas dela derivadas: a questão temporal para regulação e o aproveitamento de créditos – expostas, respectivamente, nas sessões 1 a 3 deste trabalho.

1 A DECISÃO DO STF NA ADO 25 E O PAPEL DO TCU E DO CONFAZ

A aprovação da Lei Kandir – bem como da Emenda Constitucional nº 42/2003, que alçou a desoneração das exportações à esfera constitucional – não deixou de ter a aprovação dos Estados. A promessa, contudo, sempre foi de que as ditas “perdas” seriam compensadas – inicialmente, pelo chamado seguro-receita; após, pela lei complementar que adviria da previsão do art. 91 do ADCT.

No contexto da declaração da inconstitucionalidade por omissão, é importante chamar a atenção para a regulamentação excepcional e extraordinária ditada pelo STF, uma vez que extrapolado o prazo para o Congresso legislar e enquanto não entrar em vigor a correspondente lei complementar.

A delegação para o TCU foi singular, para não dizer pioneira no Supremo Tribunal Federal. É algo recente a história da declaração de inconstitucionalidade por omissão, como já se deu em torno do FPE⁶, só para citar caso que envolve aspectos fiscais. Em matérias em que imperam impasses entre Poderes, Executivo e Legislativo, quando não também conflitos entre níveis de governo e suas unidades, o TCU, visto como uma instituição independente e técnica, é chamada a atuar como árbitro e como regulamentador, sempre em caráter excepcional e temporário.

Não custa recordar que não é esta a função precípua e muito menos a ditada pela Constituição para o TCU. Como tal, é o órgão responsável pela fiscalização contábil dos recursos financeiros, orçamentários, operacionais e patrimônios públicos pertencentes ao governo federal e das instituições de administração direta e indireta das atividades governamentais. Cavalcanti (1972)⁷, dentre outros⁸, faz análise doutrinária das atribuições da Corte de Contas – no contexto

⁶ A omissão inconstitucional no caso do FPE foi reconhecida em sede de tradicional Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 875/DF), que teoricamente deveria tratar de uma ação inconstitucional. O STF, porém, entendeu pela fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão e declarou, no caso, omissão inconstitucional de caráter parcial.

⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – Órgão constitucional – Funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1972. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/36953/35722>>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁸ Confira também, com enfoque na CF/1988, DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves Pereira. *As funções do Tribunal de Contas e o estado de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/8270>>. Acesso em: 25 out. 2020.

das quais jamais poderia supor que um dia se tornaria um órgão escalado para sanear conflitos federativos.

Certamente foi muito inovador o STF atribuir ao TCU o poder para regulamentar provisoriamente a matéria. Esse é, não custa recordar, órgão auxiliar para exercício do controle externo, constitucionalmente a cargo do Congresso, e que desde os anos sessenta exerce, sem qualquer questionamento, as funções de apuração de cotas e acompanhamento de liberações dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios (FPE/FPM)⁹, sem contar outras repartições.

O principal determinante da opção do STF pelo TCU deve ter sido a falta de alternativa entre os Poderes. Diante da omissão do Congresso Nacional e pela própria natureza da questão, seria um atentado até ao bom senso se o STF atribuísse ao Poder Executivo o poder de decidir quanto que ele deve transferir aos outros governos, bem como livre arbitrar a divisão dos recursos entre tais unidades de governo.

É preciso destacar, no entanto, dois pontos fundamentais para contextualizar a paradigmática decisão no âmbito da ADO 25.

Em primeiro lugar, é importante constatar o exercício de autocontenção do STF, que, no difícil dilema de sanar os casos de omissão legislativa inconstitucional¹⁰, reconheceu sua limitação para fixar tanto o valor total que a União deveria repassar aos Estados (tamanho do bolo), quanto a divisão que deveria caber a cada ente federado (tamanho das fatias). Em tempos de fortes críticas ao STF¹¹, é significativo que a Corte identifique tanto a ausência de legitimidade quanto a de informações, além de recursos técnicos e humanos para estabelecer, desde logo, quanto a União deve e quanto cada Estado deve receber.

Apesar de a Corte reconhecer a omissão inconstitucional, não se arvorou em editar sentença aditiva, com fortes elementos financeiros e econômicos, que

⁹ Art. 161, parágrafo único, da CF/1988.

¹⁰ Cf. BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<https://bit.ly/2AgFMM0>>. Acesso em: 11 maio 2019; CUNHA JÚNIOR, Dirley da; SILVA, Gabriela Costa. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões de Poder Público. *Revista de Direito Brasileira*, v. 19, p. 395-418, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2JuvMDP>>. Acesso em: 11 maio 2019.

¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* 4. ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

poderia agravar ainda mais o delicado equilíbrio federativo, em especial no atual quadro de crise econômica.

Em segundo lugar, reconhece-se o impasse no âmbito do Congresso Nacional, *locus* adequado para a solução da omissão legislativa inconstitucional, em mediar o debate federativo. Infelizmente, nem a Câmara nem o Senado conseguiram mediar a queda de braço entre a União e os Estados, além da disputa entre os Estados para definir critérios objetivos exigidos pela Carta Magna. O referido precedente da ADI do FPE demonstra a frustração do comando constitucional – e da decisão do STF – ao estabelecer critérios apenas para os valores que superarem aqueles que os Estados já recebiam¹².

No quadro institucional vigente na Federação brasileira, falta algum órgão que reúna os executivos da União e dos Estados para a criação de consensos mínimos no equilíbrio federativo¹³.

Por isso, a nosso ver, não restava outra opção ao STF a não ser delegar, a órgão que integra o próprio Poder Legislativo, a antecipação da função que caberia ao órgão principal regular desse Poder, e isso enquanto este não a exercer¹⁴. Ora, não falta *expertise* técnica ao TCU para tratar dessa matéria, fora que já tem acesso pleno e conhecimento dos dados que devem ser considerados para nova transferência. Não há como, institucionalmente, o Tribunal de Contas ignorar e se omitir, para não dizer se negar, a cumprir uma decisão do STF que tem caráter mandatório e não facultativo.

Os percalços de se colocar referida engenharia em prática, contudo, não poderiam ser e nem foram ignorados, tanto é que o prazo de um ano inicialmente

¹² Na ADIn 875/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo desvirtuamento dos objetivos do Fundo de Participação dos Estados e pelo distanciamento entre os coeficientes e a realidade socioeconômica vigente. Em resposta à declaração da omissão inconstitucional, foi editada a Lei Complementar nº 143/2013, com o novo regramento da transferência. O caso, todavia, retornou, ao STF, por meio da ADIn 5.069/AL, sob a alegação de que a nova lei se limitou a renovar a vigência dos mesmos coeficientes já declarados inconstitucionais, e aguarda julgamento.

¹³ Nesse sentido, cumpre-se observar que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal previu a criação de um Conselho de Gestão Fiscal (art. 67), que nunca chegou a ser regulamentado, e a PEC do Pacto Federativo (PEC 188/2019), de autoria do Governo Federal e ainda não apreciada pelo Congresso Nacional, prega um Conselho Fiscal da República.

¹⁴ Remete-se à avaliação institucional da decisão da ADO 25, apresentada em AFONSO, José Roberto Rodrigues; PORTO, Lais Khaled; CORREIA NETO, Celso. As compensações financeiras da União aos Estados e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25. In: *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q01UAd>>. Acesso em: 11 maio 2019.

conferido ao legislativo – e após o qual despontaria a obrigação do TCU – teria se encerrado em 14.12.2017¹⁵, mas foi alargado por decisão do Ministro Relator Gilmar Mendes, em 21.02.2019¹⁶.

A dilação se deu em face de requerimento da União¹⁷, por intermédio da AGU, sob o argumento de que a “inovação” trazida pelo Tribunal demandaria esforço extraordinário do órgão responsável, especialmente por se tratar de tema complexo e de grande repercussão para os entes federados¹⁸.

Nesse sentido, a União apontou a realização de intensa atividade legislativa pelo Congresso Nacional, aduzindo que não mais ocorreria a inércia outrora identificada pelo STF, argumento acatado pelo Ministro Relator, que ratificou estar, na arena político-legislativa, “o melhor caminho para se tutelarem os interesses envolvidos”.

Reconheceu-se, ainda, que o TCU estaria encontrando limitações técnicas para realizar o cálculo que lhe caberia com o transcurso do prazo do Congresso, uma vez que este, como já mencionado, estaria adstrito aos parâmetros do art. 91 do ADCT, que, por sua vez, dependeria de informações que não estariam sendo prestadas pelos Estados, embora o § 4º do mesmo dispositivo preveja referida obrigação¹⁹.

Diante desse contexto, a decisão *ad referendum* do Ministro Relator prorrogou o prazo do legislativo, conferindo-lhe mais 12 meses²⁰, “mantendo

¹⁵ A ata de julgamento da ADO 25/DF foi publicada em 14.12.2016 (Ata nº 35 – DJe nº 265, divulgado em 13.12.2016).

¹⁶ Questão de Ordem na ADO nº 25/DF. Disponível em: <<https://bit.ly/2HeSLkF>> Acesso em: 11 maio 2019.

¹⁷ A União requereu a prorrogação do prazo de doze meses para edição da lei complementar devida por mais vinte e quatro meses; e, subsidiariamente, a contagem do prazo de doze meses da data de publicação do acórdão, qual seja, 18 de agosto de 2017.

¹⁸ Petição nº 66740. Disponível em: <<https://bit.ly/2HeSLkF>>. Acesso em: 11 maio 2019.

¹⁹ O dispositivo determina que os Estados e o Distrito Federal apresentem à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao ICMS, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.

²⁰ A dilação de prazo concedida relembra – mais uma vez – o caso do Fundo de Participação dos Estados (FPE), no qual o prazo de 24 meses conferido pelo STF para edição de novo regulamento não foi cumprido, resultando no ajuizamento da ADO 23 diante do risco de não se concretizar a entrega prevista pelo art. 159, I, da CF/1988. Assim, a fim de garantir os repasses, os critérios inconstitucionais remanesceram vigentes, por inevitável autorização liminar do Relator, Ministro Lewandowski, até a superveniência da nova disciplina jurídica – em detrimento do critério temporal inicialmente

incólumes as demais disposições” do julgamento de novembro de 2016. Em outras palavras, cessa, por ora, a obrigação do TCU atuar, mas a atribuição que lhe foi inicialmente conferida não foi revogada, apenas adiada.

Sobre o conteúdo da decisão do STF cabe, ainda, chamar a atenção para os cuidados que tiveram os Magistrados da Corte tanto em delimitar o raio de manobra para a eventual atuação do TCU quanto em excluir o Poder Executivo desse processo.

Nesse caso, o Ministério da Fazenda foi incumbido apenas de informar os dados das exportações a ele comunicados pelos Estados, enquanto o Ministério do Planejamento foi encarregado de incluir a dotação necessária no orçamento. Ou seja, pelo acórdão do STF, os dois Ministérios não podem nem decidir sobre o tamanho da entrega a ser feita aos outros governos, porque essa é uma atribuição que a Constituição delegou ao legislador, e não ao executor.

Já a eventual futura decisão do TCU foi bem limitada ou circunscrita pelo STF, em torno de dois aspectos.

Primeiro, ele terá o poder de fixar o montante a ser distribuído, mas necessariamente chegará a tal valor pela utilização dos critérios dispostos no *caput* do art. 91 do ADCT: ponderando as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do ICMS. Ou seja, o Tribunal não poderá arbitrar um valor sem justificar e, para tal, terá que necessariamente ponderar todos esses critérios. O STF foi taxativo naquilo que o legislador constitucional foi apenas indicativo – o que faz sentido, para evitar qualquer arbitrariedade pelo TCU.

Segundo, o TCU não definirá a fórmula de rateio e nem mesmo calculará a cota a partir de uma fórmula, pois o acórdão do STF remete essas duas decisões ao Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz. Isto é, mais uma vez aquela Corte procura evitar qualquer arbitrariedade também na divisão dos recursos entre unidades federadas, que, de forma pitoresca, precisarão se entender entre

estabelecido na decisão. A grande diferença entre os dois casos é que, no do FPE, não havia a alternativa de regulamentação por outro órgão, senão pelo Congresso.

si. Não necessariamente por unanimidade, pois não se trata de concessão de incentivo fiscal²¹, mas ao menos deverão se posicionar por maioria absoluta²².

A decisão do STF, é possível se dizer de forma simples, delegou ao TCU definir o tamanho do bolo e ao Confaz decidir como rateia entre seus ocupantes.

Nesse cenário, o Executivo Federal se limita a prestar informações e cuidar dos arranjos orçamentários. Essas atribuições e procedimentos ditados pelo STF são claramente mais restritivos e específicos do que aqueles que podem vir a ser contemplados na lei complementar, porque aquela Corte cuidou de assegurar o atendimento do mandamento constitucional em seu caráter mais essencial e provisório.

Por outro lado, é delegado ao Confaz uma atribuição que tangencia, mas não trata diretamente, sua função emanada pela própria Constituição da República, de regulamentar e de arbitrar aspectos federativos da exigência do ICMS, sempre ao tratar de alguma forma com operações interestaduais²³. Ele era essencial e unicamente um órgão encarregado de deliberar sobre o ICMS, mas sempre foi um espaço para manifestação e defesa dos interesses fiscais

²¹ O art. 155, § 2º, XII, g, da CF/1988 determina caber à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. A Lei Complementar nº 24/1975, que dispõe sobre isenções e outros incentivos do ICMS e foi recepcionada com essa finalidade, permitia sua concessão tão somente nos casos em que fossem previstos em convênios celebrados, por decisão unânime, pelo Conselho de Política Fazendária (Confaz), do qual participam todos os Estados e o Distrito Federal, na tentativa de evitar as chamadas “guerras fiscais”. Apenas em 2017, a Lei Complementar nº 160 criou exceção à unanimidade no Confaz, na medida em que permitiu, por meio de seu art. 2º, que o convênio nela descrito seja aprovado e ratificado por maioria qualificada – voto favorável de 2/3 das unidades federadas – ou por apenas 1/3 das unidades federadas, desde que haja uma integrante de cada uma das cinco regiões do País. A unanimidade, contudo, continua sendo regra no âmbito dos incentivos fiscais.

²² Total de 14 (quatorze) dos 27 (vinte e sete) entes que compõem o Conselho.

²³ A bibliografia sobre Confaz se ocupa, basicamente das questões relativas a benefícios fiscais, essencialmente do ICMS, que deveriam ser objeto de análise e deliberação do Conselho e, quando o escapam, constituem a essência da chamada guerra fiscal. A maioria dos trabalhos sobre o Confaz, portanto, ocupa-se desse processo decisório como é o caso de AMARAL JR., José Levi Mello do; GUIMARÃES, Ariane. Deficiências democráticas no Confaz. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5776426>>. Acesso em: 25 out. 2020. Especificamente quanto à questão da coordenação intergovernamental, confira SANO, Hironobu; ABRUCIO, Luiz Fernando. *Federalismo e relações intergovernamentais: aprendizados e desafios da coordenação interestadual*. XXXIII EnANPAD: São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/45/APS3070.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

dos governos estaduais, e isto deve ter motivado o STF atribuir a tal conselho pactuar e definir como ratear os repasses federais então em apreço.

O Congresso Nacional poderá dispor de muito mais do que o TCU, pois até os parâmetros econômicos e fiscais citados no art. 91 do ADCT são facultativos (enquanto para o Tribunal são obrigatórios), bem como nem precisará remeter a fórmula de rateio a entendimento entre os Estados. O Legislativo pode tudo e delibera em caráter permanente, enquanto o TCU é limitado pelas fronteiras fixadas no acórdão.

2 LIMITE TEMPORAL DA TRANSFERÊNCIA PREVISTA PELO ARTIGO 91 DO ADCT

Detalhe, também crucial, que se precisa atentar é que a transferência do art. 91 do ADCT não deverá perdurar indefinidamente e por isso não foi inserida no corpo permanente da Constituição. Ou seja, não é o mesmo caso, dentre outros, da entrega pela União de 10% (dez por cento) da arrecadação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para os Estados²⁴, por meio do Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados (FPEX).

A emenda incluiu a norma no corpo transitório da Carta Magna porque a transferência intergovernamental deverá ser realizada pela União enquanto, nas operações interestaduais, não for destinado 80% (oitenta por cento) ou mais do ICMS ao Estado em que for consumida a mercadoria ou prestado o serviço²⁵.

A definição da alíquota interestadual do ICMS é competência constitucional exclusiva do Senado Federal e hoje, em geral, está fixada em 7% (sete por cento) ou em 12% (doze por cento), conforme a região em que se encontra o estado de origem e o de destino da operação²⁶.

Não custa registrar que a lógica dos senadores em fixar alíquotas diferenciadas tenha sido beneficiar as regiões menos desenvolvidas, de modo que, quando uma mercadoria sai de um dos Estados mais ricos para um dos mais pobres, é aplicada aquela menor alíquota de 7%, para deixar menos receita na região mais desenvolvida. Na situação oposta, quando a saída se faz no Estado mais pobre, com destino a um Estado rico, aplica-se a maior alíquota (de 12%), para favorecer aquelas regiões menos desenvolvidas.

²⁴ Art. 159, II, da CF/1988.

²⁵ Art. 91, § 2º, do ADCT.

²⁶ Resolução nº 22/1989 do Senado Federal.

A cláusula de temporalidade do art. 91 do ADCT vincula sua vigência a uma proporção de 80% (oitenta por cento) do chamado princípio de destino. Se for aplicado tal princípio em caráter nacional e, como tal, se for tomada como referência uma única e por conseguinte a menor das alíquotas interestaduais, a de 7%, logo, infere-se que a transferência da União será exigida até que seja aplicada uma alíquota interestadual no ICMS de apenas 1,4% (20% da alíquota de 7%), em todas as operações, independente de origem ou de destino. Essa leitura, na prática, penaliza relativamente mais os Estados menos desenvolvidos, porque sofreriam uma redução proporcionalmente maior em sua atual alíquota interestadual de origem (em termos numéricos, a alíquota aplicada nas regiões menos desenvolvidas sofreria um corte de 88% quando caísse de 7% para 1,4%, ou seja, mais do que o corte aplicado nas regiões mais desenvolvidas).

Se for feita a leitura de que cabe reduzir em 80% as alíquotas interestaduais vigentes na data da edição da emenda constitucional, e como na época se aplicavam duas alíquotas, nesse caso, caberia esperar que a mais baixa caísse para 1,4% (no caso das saídas de Estados das regiões mais desenvolvidas) e 2,4% (20% da alíquota de 12%) no caso das saídas das regiões menos desenvolvidas. Nesse caso, supondo que continuariam sendo aplicadas duas alíquotas interestaduais, caberia reduzir igualmente em termos proporcionais aquelas aplicadas nas diferentes regiões e, assim, se teria uma igual diminuição relativa de 80% nas duas alíquotas vigentes.

Também vale registrar que as alíquotas consideradas para fins do art. 91 do ADCT são aquelas aplicadas no caso de operações entre diferentes estados do País e que, constitucionalmente (reitera-se), cabe ao Senado definir. Não se está aqui discutindo as alíquotas aplicadas nas operações internas, e aí sujeitas a outros princípios, inclusive da essencialidade. O foco do supracitado art. 91 é apenas e tão somente o aspecto federativo – tanto que faz referência explícita à proporção da arrecadação que deve caber ao Estado onde ocorrer o consumo. Não se está discutindo com que alíquota esse consumo será tributado.

Em princípio, pode-se ler que o art. 91 do ADCT está se referindo ao imposto aplicado a cada transação interestadual. Outro é o efeito que se dá sobre o somatório de todas as transações de entradas e saídas. Na soma de todas as operações, num período, é possível que um estado seja superavitário, deficitário ou até neutro em sua balança interestadual. Também se sabe que, ao longo do tempo, esse saldo pode alterar, pois o fluxo de comércio sempre está a se movimentar. Seria possível uma leitura econômica de que o art. 91 do ADCT

seria aplicado ao produto líquido da arrecadação na fronteira de cada Estado e se esperaria que ao menos 80% ficasse no destino para suspender a aplicação daquela transferência. A correta e exata mensuração desse fluxo é impossível, na prática. A começar que esbarra em um preceito matemático elementar, que, em termos nacionais, a soma da balança interestadual interna deve ser zero, e torna indefinida qualquer razão que procure uma proporção daquele total.

Isso indica que o preceito do § 2º do art. 91 do ADCT só pode e deve ser obedecido a partir das eventuais mudanças nas alíquotas interestaduais do ICMS definidas pelo Senado Federal. Até serem reduzidas em ao menos 80% das vigentes quando da edição da emenda constitucional, a entrega de recursos da União aos Estados será exigida, em variável que pode ser vista como o melhor caminho para interpretar a lógica que deve nortear o critério de rateio mais equilibrado e adequado entre unidades federadas.

É forçoso reconhecer que não foi tratada no *caput* do art. 91 do ADCT – em particular, não foi explicitada como o critério, nem como mais um dos critérios sugeridos para definir o rateio da transferência federal entre os Estados. Por outro lado, tal variável constitui condição *sine qua non* para existir a transferência federal por força do mesmo dispositivo constitucional. Se esse repasse só será realizado enquanto o ICMS não alcançar o chamado princípio de destino (ou muito dele se aproximar), é preciso supor que este deve ser um balizador das definições e das decisões a serem tomadas na lei complementar (ou ato do TCU) que finalmente vier a regular o mandamento constitucional transitório.

As questões ou relações federativas, dessa forma, são duplamente tratadas no âmbito do art. 91 do ADCT. Primeiro, passará a haver uma relação (financeira) determinada entre ao menos duas esferas de governo – o repasse financeiro da União para Estados (e destes, parte, para seus Municípios²⁷). Segundo, a vigência de tal relação dependerá da forma como se relacionam entre si as unidades que compõem o nível estadual de governo.

Ainda que sejam facultativas, meramente indicativas, também seria razoável esperar que a nova lei complementar considerasse as variáveis mencionadas não apenas no *caput*, como também no § 2º. Isto é, não é o caso de meramente identificar, mensurar e contar as exportações, a balança comercial e os investimentos produtivos, mas é preciso considerá-los à luz das relações

²⁷ 25% (vinte e cinco por cento) do montante recebido, nos termos do § 1º do art. 91 do ADCT.

entre as unidades federadas – não fosse isso, deixaria de ser esse o critério de corte do repasse.

Não custa enfatizar a tese aqui defendida de que a equação federativa reclamada pelo art. 91 do ADCT é diferente da que motivou a concessão de compensação financeira pela Lei Kandir. Neste caso, quando a negociou, a União, mesmo nada tendo “ganhado” diretamente com a mudança legal (uma vez que não passou a exercer competência para tributar que antes pertencia aos Estados), aceitou prestar subsídios financeiros, por um período de tempo arbitrariamente pré-definido (sem nada ter a ver com transações interestaduais ou qualquer outra variável), e que originalmente estava condicionado à efetiva comprovação da perda de arrecadação – tanto que a sistemática prevista inicialmente no anexo daquela lei era conhecida como “seguro-receita”.

Ainda que tenha sido prorrogada e modificada, a vigência da compensação financeira pela Lei Kandir já expirou – como nem é preciso que a nova lei complementar diga, pois a decisão do STF já sacramentou. A União seguiu fazendo repasses, inclusive a outro título (de Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações – FEX)²⁸, não por força do cumprimento de um mandamento de lei complementar, e sim por opção – tanto que o ato decisório passou a ser a inclusão de dotação no orçamento fiscal da União (do mesmo modo que nele são incluídas emendas parlamentares). Na prática, tornou-se uma forma de transferência voluntária coletiva²⁹.

3 A QUESTÃO DO APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS

A nova equação federativa e fiscal, criada pela emenda constitucional de 2003, precisa considerar não apenas a relação entre os contribuintes (que exportam e que investem) e o Fisco, mas também entre os fiscos em si – isto

²⁸ Para conhecer mais sobre FEX, ver documento da Secretaria do Tesouro Nacional (BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações – FEX. In: *O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais*. Nov. 2018). Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:6375>.

²⁹ A origem do FEX advém da Medida Provisória nº 193, de 24 de junho de 2004 – posteriormente convertida na Lei nº 10.966, de 9 de novembro de 2004 –, que destinou 900 milhões de reais para serem distribuídos conforme percentuais nela definidos. Nos anos subsequentes, os recursos destinados ao FEX foram incluídos em rubrica exclusiva da Lei Orçamentária Anual. A repartição, por sua vez, passou a ser definida pelo Confaz, em conformidade com o Protocolo ICMS nº 69/2008, que os repassa à Secretaria do Tesouro Nacional (STN), do Ministério da Fazenda, para incorporação como anexo do projeto de medida provisória ou projeto de lei da liberação dos recursos.

é, atentar para as transações interestaduais. Pode parecer mais complexo o processo, porém isso é natural e condizente com a economia e com a federação.

Cada bem ou serviço que seja exportado, ou, ainda, convertido em ativo fixo, abrange etapas múltiplas – de produção, de comercialização e de prestação –, que tendem a envolver contribuintes localizados em diferentes Estados. Só por um acaso, haverá uma mercadoria totalmente produzida em um determinado Estado, em que todos os insumos sejam adquiridos e produzidos no mesmo Estado, e depois venha a ser exportada (o mesmo valendo para um bem do ativo permanente). Em ambos os casos, o efeito da exportação e do investimento produtivo ficaria restrito às fronteiras do citado Estado.

Uma mercadoria exportada ou um bem de capital comprado (ambos tendo adquirido insumos e ambos tendo sido inteiramente produzidos dentro do mesmo Estado a partir do qual é exportado ou no mesmo Estado em que for objeto de investimento) compreende uma situação com efeito igual àquele em que o mesmo tenha sido objeto de uma transação entre dois Estados, na qual todo o ICMS caberia apenas àquele no qual for real e finalmente consumida.

Portanto, nesse hipotético e raro caso de uma economia estadual completamente autônoma, depois que tenha sido mudado e adotado novo regramento legal do ICMS interestadual e no qual se aplique o princípio de destino puro (ou seja, toda a receita caberia a unidades em que for consumida a mercadoria ou serviço), desapareceriam a razão e a obrigação de a União conceder transferência aos Estados, ao menos ao amparo do disposto no art. 91 do ADCT.

Do cenário teórico ou ideal para o da realidade brasileira, parece se revelar a razão por que o governo federal precisa transferir recursos aos Estados. Não é pela simples razão de exportarem ou de investirem, não é pelo seu montante em si. Mas é pela justa razão de que é preciso corrigir os impactos diferenciados nas finanças estaduais de transações econômicas que são de interesse nacional.

Nem é preciso dizer por que exportações e investimentos produtivos são determinantes e imprescindíveis ao crescimento econômico do Brasil e de qualquer outro País – especialmente quando este está mergulhado em recessão.

O atual sistema tributário brasileiro torna essas duas transações, tão relevantes para a economia e a sociedade, desinteressantes e, pior e paradoxalmente, danosas para as finanças dos governos estaduais em que são

realizadas. É uma contradição terrível e inegável entre as leis da economia e as da tributação.

A exportação passou a gozar de imunidade constitucional quanto ao ICMS – ou seja, quando se exporta uma mercadoria, o Estado nada arrecada. O mesmo vale para um contribuinte de um Estado que adquire uma máquina, um equipamento ou mesmo realiza uma construção, que, com a incorporação ao seu ativo permanente, se credita em relação ao ICMS (ainda que mitigado), conseqüentemente sem gerar arrecadação.

Em termos diretos, exportar ou investir não gera receita para o Estado no qual é produzida a mercadoria exportada ou bem de capital. Mas isso certamente gera despesa para o mesmo Estado: a empresa demanda infraestrutura, os seus empregados demandam educação, saúde e segurança. Isso tudo sem falar em efeito multiplicador.

Em tese, além de não arrecadar diretamente, as operações citadas implicam perda de receita. É o caso em que o Fisco local deve devolver ao contribuinte os créditos acumulados de ICMS, mas que têm por contrapartida insumos e bens de capital adquiridos fora do Estado e que, como tal, geraram receita para outro Estado³⁰.

O contribuinte tem o direito constitucional a reaver tal crédito, na forma de restituição em dinheiro, para pagamentos de importações ou outros débitos próprios, ou na forma de transferência para terceiros. A previsão relativa ao aproveitamento de créditos, oriunda da Lei Kandir (art. 32, II), foi mantida pelo art. 155, § 2º, X, *a*, da CF/1988, quando da EC 42/2003.

Nesse sentido, em que pese a não cumulatividade do tributo (art. 155, § 2º, I, da CF/1988) e conseqüente previsão de compensação na cadeia produtiva, as hipóteses de não incidência ou isenção gerariam anulação dos créditos anteriores.

Nesse sentido, Zanuto entende que, diante da inexistência de encontro de contas que permita a aplicação da regra da não cumulatividade, uma vez que o exportador não pratica operação de saída de mercadoria sujeita à incidência do imposto, não haveria o que se falar em uma compensação na cadeia – que

³⁰ Se for o caso de buscar perfeição na aplicação do conceito, poder-se-ia considerar que nem toda circulação de mercadoria na fronteira está sujeita à incidência do imposto (haja vista imunidades previstas na Constituição e mesmo isenções acordadas no Confaz). Optou-se, contudo, em trabalhar com a regra.

tem na referida operação justamente o seu fim³¹. Outrossim, tratar-se-ia de benefício fiscal, concedido em contrariedade à isonomia e em duplicidade, uma vez que o sujeito já estaria sendo beneficiado com a não incidência do ICMS na exportação³².

Para Scaff, por sua vez, o aproveitamento de créditos é coerente com a desoneração e está relacionado à sua própria efetividade, pois, como imposto plurifásico, o custo do ICMS, ainda que em cadeias anteriores, onera indiretamente as exportações³³.

De fato, não se pode negar que tal aproveitamento de crédito do ICMS é racional, lógico e inerente a um imposto sobre valor adicionado. Mais que conceito, é um direito do contribuinte assegurado e explicitado pela Constituição brasileira e, não por acaso, reforçado na mesma emenda que criou o art. 91 no ADCT. Por outro lado, não há como se questionar que o atual sistema produz grave injustiça federativa e fere até o senso comum (que se agrava mais em tempos de crise fiscal e recessão), quando exige que um Estado não apenas deixe de receber, como ainda pague para não arrecadar.

De toda forma, o que se concretiza é que o Estado-exportador não só passa a não recolher ICMS-exportação sobre operação alguma (deixa de receber), como ainda deve “pagar para exportar” (e não arrecadar), considerando-se sua obrigação de arcar com eventuais créditos que o particular possa vir a ter acumulado nas etapas anteriores da produção, caso o produto provenha de outro Estado.

O que se prevê é uma oneração dupla, sobre o viés direto (perda da base tributária, com a desoneração *per si*) e o indireto (redução da arrecadação do ICMS também nas bases tributáveis, pelo creditamento do que foi recolhido em outros entes).

³¹ Relativamente a essa discussão, observe-se artigo de Fernando Scaff (SCAFF, Fernando. A desoneração das exportações e o Fundo da Lei Kandir – Análise com foco no setor mineral. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDDE*, v. 1, n. 1, mar./abr. 2012). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361499>.

³² ZANUTO, José Maria. Breves considerações a respeito do direito à transferência de créditos do ICMS decorrentes de operações de exportação de mercadorias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 196, p. 100, jan. 2012.

³³ SCAFF, Fernando Facury. Recuperação dos créditos acumulados de ICMS na exportação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. Dialética: São Paulo, p. 53, 2012. 16. v.

Na prática, por sua vez, é comum que fiscos retardem ou evitem o aproveitamento dos créditos tributários acumulados, sobretudo quando sabidamente têm como origem ou contrapartida débitos em favor de outros Estados.

Aliás, se nem mesmo a Receita Federal tem devolvido, de forma plena e célere, os créditos acumulados em tributos federais (e em torno dos quais não há o problema da transferência interestadual de ônus e ônus), é difícil esperar que as Fazendas estaduais se posicionem de forma diferente – ainda mais quando podem invocar a injustiça federativa implícita no atual sistema.

A situação aqui apresentada, se reconhece e alerta, é levada ao limite: nessa hipótese, aplica-se isoladamente a uma única transação de exportação ou de investimento produtivo. O certo seria considerar o conjunto de transações realizado em cada economia regional. Afinal, o mesmo Estado que uma hora importa insumos pode exportá-los em outra transação; o mesmo válido para bens de capital.

Por lógica, cabe contar o conjunto de todas as transações realizadas em uma economia estadual com as demais em certo período de tempo, e as recortar para ponderar apenas as exportações e os investimentos produtivos. Mas não se consegue realizar a conta devidamente. Faltam dados atualizados e consistentes, aliás, até mesmo para a balança interestadual de todas as operações e prestações do ICMS, quanto mais para recortar e apurar a mesma balança apenas no caso das exportações e dos investimentos.

À parte a correta mensuração do grau de injustiça que o atual sistema tributário provoca entre os membros federados, é possível apontar a sua disfunção em relação à lógica da economia.

Pelo exposto, no atual sistema tributário brasileiro, quanto maior for o peso relativo das exportações e dos investimentos em um Estado, tanto menor será a sua base de cálculo do ICMS – que, por princípio, deveria ser formado basicamente pelo consumo dos não contribuintes do imposto.

Se todos os Estados do País exportassem na mesma proporção do que produzem, se todos os Estados investissem igualmente na mesma proporção do que cada um demanda, em tese, não seria maior a diferença entre eles. Exportar e investir diminuiria a base tributável, mas pesaria de forma igual em todos os Estados. Porém, só um acaso levaria a uma situação em que fosse

igual a proporção de redução da base de cálculo, ainda mais em uma federação composta por 27 unidades.

Nesse contexto, é preciso uma intervenção externa e superior ao conjunto das unidades federadas, de quem paire por cima dos membros federados, para diminuir, e se possível, eliminar a distância entre eles. A União foi chamada a assumir essa obrigação pelo legislador constitucional, por meio dos arts. 3º, III, 43 e 151, I, da CF/1988.

Ainda persistem leituras mais radicais de que a desoneração das exportações ofende a autonomia federativa dos estados³⁴. Se flertar com a hipótese de se reestabelecer o ICMS estadual sobre exportações, a União poderia estar tentando terceirizar aos Estados esse seu encargo, mas, de concreto, estaria transferindo a conta para os exportadores, e, como tal, voltando a criar um problema para si própria, uma vez que tem a competência, natural e constitucional, de responder pelo comércio exterior, pela macroeconomia e pelo desenvolvimento econômico e social³⁵.

À parte, não custa comentar que é um equívoco acreditar que a União seria desobrigada de encargos na hipótese extrema (para não dizer, absurda) de ser reestabelecida a incidência do ICMS estadual sobre exportações. Primeiro, exigiria um esforço político intenso e longo, porque teria que ser aprovada emenda constitucional para revogar a não-incidência, no corpo permanente, e a transferência, no corpo transitório. Segundo, afetaria negativamente as expectativas de retomada de crescimento, ainda mais quando as exportações são um dos poucos componentes de demanda em franca expansão. Terceiro, caracterizaria um retrocesso, seja conceitual (teoria e experiências internacionais ensinam que exportações devem estar sujeitas a um único e nacional imposto, e de caráter regulatório), seja histórico (até a Lei Kandir, sempre os governos regionais tinham tributado exportações e com finalidades arrecadatórias).

Isso sem contar que aplicar uma sobrecarga tributária às exportações brasileiras é conceder uma benesse aos seus concorrentes no exterior, o que não

³⁴ Ilustra essa leitura de defesa mais radical da autonomia estadual, dentre outros autores, Onofre Alves Batista Júnior (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A Lei Kandir e a ofensa ao equilíbrio federativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, p. 449-479, jan./jun. 2018). Disponível em: <<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1919/1813>>>.

³⁵ Art. 21, I e IX, da CF/1988.

tem cabimento em uma perspectiva de competitividade, ainda mais em um mundo com tendências cada vez mais protecionistas.

Dito isso tudo, parece mais simples e ágil, política e fiscalmente, a União elevar as alíquotas (por ato do Executivo e com vigência imediata) do imposto sobre exportações sempre que avaliar que preços internacionais, sobretudo de *commodities*, gerem ganhos acima do normal para produtores nacionais, ou que julgue necessário interferir no balanceamento da oferta de um bem para o mercado doméstico ou externo. O fato de a arrecadação de um imposto não poder ser vinculada pode ser contornado através de pactuação política e medidas triangulares no orçamento³⁶.

É um atentado ao bom senso, para não falar à racionalidade política, fazer um esforço desnecessário e inconsistente para aprovar uma emenda constitucional visando obter uma receita que se pode auferir de forma mais rápida e equilibrada, por mero decreto presidencial (nem medida provisória é necessária)³⁷, não estando eventual alteração sequer sujeita às regras da anterioridade do exercício e da noventena³⁸.

4 A EQUALIZAÇÃO COMO PRINCÍPIO MOTRIZ DA CONCESSÃO DE TRANSFERÊNCIAS PELA UNIÃO AOS ESTADOS, NO ÂMBITO DO ARTIGO 91 DO ADCT

Talvez seja impossível tornar os 27 membros iguais em termos de potencial de arrecadação disponível a cada um, mas, ao menos, há a obrigação de diminuir a distância entre eles e tornar o atual sistema menos injusto para a federação e menos distorcido para os contribuintes.

A partir da decisão do STF, está posto o desafio de se desenhar uma nova modalidade de transferência da União para os Estados que elimine o vício contra o crescimento que o atual sistema impõe aos governos estaduais.

A União precisa transferir recursos que, no mínimo, considerem a redução da base de cálculo potencial de cada estado decorrente das parcelas de suas produções destinadas às exportações e aos investimentos produtivos, e, como tal, não tributados, em proporção superior à média dos demais Estados. É preciso reduzir a distância relativa destes Estados em relação àqueles que consomem

³⁶ Art. 167, IV, da CF/1988.

³⁷ Art. 153, § 1º, da CF/1988.

³⁸ Art. 150, § 1º, da CF/1988.

proporcionalmente muito mais do que produzem e, assim, podem explorar uma base tributável relativamente mais ampla.

Encontrar uma fórmula que equipare as condições de arrecadação próprias de cada governo estadual, em relação à sua sociedade (que pode ser medida em proporção da população) ou à sua economia (que pode ser comparada ao PIB), pode levar à necessidade de um montante de recursos federais que não estejam disponíveis no orçamento da União. Mas, aplicado um limite que arbitre o valor máximo a transferir, caberia redistribuir recursos entre os Estados de modo que se consiga reduzir a distância entre o potencial tributário que guardam entre si.

Assim, ainda que não se consiga eliminar por completo as assimetrias entre os Estados, reduzir as distâncias seria uma contribuição muito importante para reequilibrar a federação brasileira.

Mas não só. Os contribuintes também precisam ser alcançados por esse suporte federal aos governos estaduais mais impactados relativamente pela redução da base de cálculo de seu principal imposto. Tanto que, até no próprio art. 91 do ADCT, foi apontado, como um dos parâmetros possíveis para balizar as transferências, o acúmulo de saldos credores não aproveitados e somados por longo tempo pelos exportadores e investidores.

Para atender tal preceito, a lei complementar pode prever que os recursos destinados aos Estados sejam voltados a ressarcir os contribuintes que acumulem saldos credores nessas operações.

É forçoso reconhecer que atestar o fiel cumprimento dessa regra não constitui tarefa simples, porque nem sempre os fiscos estaduais os reconhecem e, se o fazem, nem sempre informam a outros órgãos ou governos. Ideal seria a sistemática de transferências incluir um incentivo para que, passado um tempo, os Estados não mais retivessem créditos em decorrência da não-incidência e de compras interestaduais para tal finalidade.

A nova transferência do art. 91 do ADCT, na lógica aqui defendida, poderia assumir a forma de um fundo de equalização e, como tal, deve objetivar uniformizar e igualar os Estados cujos sistemas tributários e econômicos impõem potenciais diferentes e piores de arrecadação própria. Isso não deve ser mais um fundo de participação para redistribuir recursos das regiões mais ricas para as mais pobres (lógica do Fundo de Participação dos Estados – FPE e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM). Muito menos será um fundo de

compensação, para ressarcir a um governo algo que perdeu ou dele foi retirado pelo governo concedente.

A União deve transferir às unidades federadas montante em volume e com fórmula de rateio que vise reduzir a distância relativa entre elas na arrecadação do ICMS, eliminando as assimetrias decorrentes tanto da desoneração de exportações e investimentos quanto da cobrança interestadual daquele imposto.

Por justiça federativa e para cumprimento da norma constitucional, é preciso construir uma sistemática na qual não apenas as novas transferências da União eliminem ou reduzam ao mínimo o viés estadual anticrescimento, como cheguem ao ponto de inverter e passar a estimular e premiar aqueles Estados que atraem e beneficiam contribuintes, e que cada vez mais investem em produção e emprego, ainda que destinem cada vez mais ao exterior.

Dessa forma, poder-se-ia ter uma transferência e um sistema tributário e fiscal que finalmente não prejudicariam e ainda fomentariam o desenvolvimento econômico e social.

Talvez fosse o caso de se pensar um órgão constitucional de deliberação que reunissem Estados e União, que reunissem as respectivas fazendas e agentes políticos. Os recentes fracassos sobre a redistribuição de *royalties* de petróleo e de fixação de critérios objetivos no FPE, além da missão conferida na ADO 25 ao Confaz, indicam a necessidade de um fórum mais adequado para esses delicados debates.

De diagnóstico à proposição, essas são as estratégias sugeridas para nortear negociações e posicionamentos, seja junto ao TCU, no caso de este vir a regular temporariamente as transferências, seja junto ao Congresso Nacional, que já está apreciando e pode decidir em breve sobre os termos da lei complementar que regulará finalmente o disposto no art. 91 do ADCT.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática trazida à tona pelo julgamento da ADO 25, comumente referenciada como “da Lei Kandir”, tem, na realidade, seu escopo na norma do art. 91 do ADCT, independente do disposto na lei complementar reguladora do ICMS.

A Lei Kandir, inclusive, não se limitou a tratar de desoneração e compensações relativas ao ICMS-exportação e nem é o motivo pelo qual se devem definir repasses. Suas previsões nesse sentido foram superadas no momento em

que o constituinte derivado constitucionalizou a desoneração e a necessidade do estabelecimento de transferências, por meio da EC 42/2003. O que subsiste desse arcabouço respira por meio de aparelhos, apenas até o cumprimento da determinação do art. 91 do ADCT. Feito isso, o anexo da Lei Kandir está morto, sem prejuízo de que o instrumento permaneça válido e vigente em todo o resto.

Defendemos aqui que a decisão do STF, por princípio, não reconheceu a recepção das transferências antes e ainda realizadas pela União em favor dos Estados por força do disposto na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (a chamada Lei Kandir), e alterações que a sucederam.

É importante notar que o § 3º do art. 91 do ADCT prevê que “permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos” até que seja editada uma nova lei complementar. Mas os dispositivos preservados e especificamente citados da Lei Kandir determinam repasses apenas entre os exercícios de 2003 a 2006 – com redação dada por lei complementar de 2000.

A Lei Kandir segue em vigor, mas, pelo decidido pelo Supremo, em relação às transferências da União aos Estados, aquela lei não mais supriria e não bastaria para dar eficácia ao disposto na norma acrescida à Constituição pela emenda de 2003 (aliás, no início do último período a que se referiu a Lei Kandir para fins de repasses).

Pela lógica mais elementar, se o STF entendesse que a Lei Kandir, de 1996, com redação alterada em 2000, tratasse das transferências entre governos remetida à lei complementar pela emenda de 2003, aquela disposição da Lei Kandir teria sido recepcionada. Ou seja, não seria declarada uma vacância legislativa e, por consequente, não haveria razão para se fixar prazo para aprovação da (nova) lei e muito menos para o STF delegar temporária e parcialmente ao TCU a competência que caberia ao legislador.

Não custa insistir sobre esse aspecto tão singular. A Lei Kandir, como um todo, não deixou de ser recepcionada. Não o foi, tão somente, o seu mecanismo de compensação de recursos da União em favor dos Estados. Ainda assim, há de se considerar sua recepção como “norma tampão” até mesmo pelo próprio STF, pois reconheceu que a compensação que vem sendo feita até então é válida, bem como que deve perdurar durante o prazo concedido pelo STF ou até vir algo do TCU (como explicado no parágrafo seguinte).

Isso não significa que o STF teria revogado a Lei Kandir, ou ainda, que seriam inconstitucionais ou ilegais as transferências intergovernamentais já

feitas e que possam continuar a ser realizadas ao seu amparo. Podiam e podem ser realizadas por outras justificativas, com outros objetivos, com outro montante e com outra fórmula de rateio que não sejam aqueles necessários para atender ao comando constitucional determinado pelo art. 91 do ADCT.

Enfim, o art. 91 do ADCT é o foco do debate, e a regulamentação do sistema de entregas nele previsto segue premente. Os interlocutores, contudo, precisam se afastar do objeto de debate, a fim de enxergarem para além do conceito limitado de perdas e de interesses próprios. Se flexibilizarmos algumas hipóteses, é, de fato, possível estimar a perda de arrecadação de ICMS a partir da Lei Kandir. Essa flexibilização, contudo, implica assumirmos que a economia tem comportamento estático. Isto é, mesmo com a mudança promovida pela lei, tudo se manteria constante, exceto a variável que está sendo analisada (arrecadação).

O cumprimento do mandamento do art. 91, contudo, não está condicionado à existência de prejuízos monetários, mas muito mais a impactos e ao ideal de federalismo cooperativo e equilibrado traçado pela Constituição pátria. Nesse contexto, não existe saída simples ou matemática estática. É por isso que se atenta às questões que tangenciam e muito influenciam a dinâmica atrelada ao novo sistema de repasses a ser instituído.

A saber, portanto, que apenas o Legislativo pode tudo e delibera em caráter permanente. Se este não se posicionar, e enquanto não o fizer, o TCU fica obrigado pelo STF a se manifestar, mas deve fazê-lo limitado às fronteiras fixadas no acórdão, que correspondem aos parâmetros legais – facultativos para o Congresso e impositivos para o Tribunal.

Deve-se atentar ao fato de o sistema do *caput* do art. 91 do ADCT tratar de solução para um problema transitório, uma vez que só deve perdurar enquanto o ICMS tiver o produto de sua arrecadação destinado predominantemente à origem. Se invertida para o Estado onde ocorrer o consumo em proporção de ao menos 80% – o que pode ser alcançado em eventual reforma tributária –, a entrega cessaria (vide § 2º do dispositivo).

A estipulação do novo regramento de repasses deve perpassar, ainda, e necessariamente, pela problemática dos créditos, seja no que tange à lógica deturpada de exportação atualmente imposta e ao prejuízo causado aos Estados, seja em respeito ao direito dos contribuintes, prejudicados em efeito cascata.

A proposta de repasses por meio de um fundo de caráter equalizatório vai além de um ideal de compensação monetária – da visão simplista de perdas e ganhos na exportação –, mas perpassa por perspectiva ampla, sistêmica e dinâmica dos impactos do ICMS no desenvolvimento federativo.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto Rodrigues; PORTO, Lais Khaled; CORREIA NETO, Celso. As compensações financeiras da União aos Estados e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25. In: *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20362>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

AMARAL JR., José Levi Mello do; GUIMARÃES, Ariane. Deficiências democráticas no Confaz. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5776426>>. Acesso em: 25 out. 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2017.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A Lei Kandir e a ofensa ao equilíbrio federativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, p. 449-479, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1919/1813>>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Constituição Federal: dispositivos constitucionais sujeitos à regulamentação. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/infdoc/novoconteudo/html/leginfra/LeginfraReg.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

_____. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1970-1979/leicomplementar-24-7-janeiro-1975-365215-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. Lei nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília/DF, Seção 1, n. 180, 16 set. 1996, p. 18261. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Lei nº 10.966, de 9 de novembro de 2004. Autoriza a União a prestar auxílio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, com o objetivo de fomentar as exportações do País. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.966.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Lei Complementar nº 143, de 17 de julho de 2013. Altera a Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989, a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), para dispor sobre os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE); e revoga dispositivos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2013/leicomplementar-143-17-julho-2013-776563-norma-pl.html>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre o convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-norma-actualizada-pl.html>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Auxílio Financeiro para Fomento das Exportações - FEX. In: *O que você precisa saber sobre transferências constitucionais e legais*, nov. 2018. Disponível em: <https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:6375>. Acesso em: 25 out. 2020.

_____. Senado Federal. RSF 22/1989. Estabelece alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/rsf/rsf%2022-89.htm>. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 875/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, J. 24.02.2010, DJe 30.04.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO 23/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Vice-Presidência, J. 24.01.2013, DJe 22.02.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADO 25/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 30.11.2016, DJe 18.08.2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 5069/DF, Relª Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4501372>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas - Órgão constitucional - Funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1972. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/36953/35722>>. Acesso em: 25 out. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; SILVA, Gabriela Costa. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões de Poder Público. *Revista de Direito Brasileira*, v. 19, p. 395-418, 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.25.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2019.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves Pereira. *As funções do Tribunal de Contas e o estado de direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/8270>>. Acesso em: 25 out. 2020.

SANO, Hironobu; ABRUCIO, Luiz Fernando. *Federalismo e relações intergovernamentais: aprendizados e desafios da coordenação interestadual*. XXXIII EnANPAD: São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/45/APS3070.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

SCAFF, Fernando. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir - Análise com foco no setor mineral. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFE*, v. 1, n. 1, mar./abr. 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361499>. Acesso em: 25 out. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Recuperação dos créditos acumulados de ICMS na exportação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Dialética: São Paulo, 2012. 16. v.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VARSANO, Ricardo. *Fazendo e desfazendo a Lei Kandir*. BID: 2013. Disponível em: <<https://publications.iadb.org/publications/portuguese/document/Fazendo-e-desfazendo-a-Lei-Kandir.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2020.

ZANUTO, José Maria. Breves considerações a respeito do direito à transferência de créditos do ICMS decorrentes de operações de exportação de mercadorias. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 196, jan. 2012.

Submissão em: 03.07.2019

Avaliado em: 18.08.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 08.10.2020 (Avaliador D)

Avaliado em: 20.10.2020 (Avaliador E)

Aceito em: 05.11.2020

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAMPO ÉTICO NO ENFRENTAMENTO JURISDICIONAL DA CORRUPÇÃO

CONSIDERATIONS ABOUT THE ETHICAL FIELD IN JURISDICTIONAL COPING OF CORRUPTION

Luiz Sergio Fernandes de Souza¹

Doutor em Direito (USP, São Paulo/SP, Brasil)

ÁREA(S): Filosofia do Direito.

RESUMO: Busca-se discutir, no presente estudo, do ponto de vista do *campo ético*, as dificuldades enfrentadas pelo Judiciário no arbitramento das questões que envolvem corrupção, o que desafia a análise de temas polêmicos e atuais, a exemplo da judicialização da política e da politização da magistratura, além de abrir debate em torno do chamado *garantismo processual*, tudo no contexto do instrumentalismo jurídico. Para tanto, tratou-se de desenvolver análise de base indutiva, partindo de fatos de domínio público, representativos do universo que se pretende investigar, rumo à conclusão de que se não se pode prescindir de meios legítimos na

consecução de um fim ético, igualmente certo é que o paradigma vigente no processo penal tem de passar por uma revisão, porque a técnica não pode conspirar contra a ética.

ABSTRACT: *This paper aims to discuss, from the point of view of the ethical field, the difficulties faced by the Judiciary in the arbitration concerning corruption, which challenges the analysis of current and polemical issues, such as judicialization of politics and judiciary politicization, in addition to promoting debates on the procedural guaranteeism, all in the legal instrumentalism context. To this end, it was developed an inductive analysis based upon public domain facts representing the universe which is intended to be*

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor Assistente, Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), instituição na qual leciona nos cursos de Graduação e Pós-Graduação, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Coordenador da Área de Filosofia do Direito da Escola Paulista da Magistratura (EPM). E-mail: luizsouza@tjsp.jus.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/7685123874441725>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-3102-6353>>.

investigated, towards the conclusion that if legitimate means are indispensable to achieve an ethical end, it is evenly right that the usual paradigm for criminal proceedings must be subjected to review, for technique should not conspire against ethics.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Poder Judiciário; corrupção; ativismo judicial; judicialização da política.

KEYWORDS: *Ethics; Judiciary; corruption; judicial activism; judicialization of politics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A expansão do controle jurisdicional; 2 Corrupção, ativismo judicial e direitos humanos; 3 O campo ético e a esfera da cultura; 4 A técnica processual e a realização de valores; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The expansion of judicial control; 2 Corruption, judicial activism and human rights; 3 The ethical field and sphere of culture; 4 The procedural technique and realization of values; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O escritor francês George Bernanos (2018:21), na obra *A França contra os robôs* – escrita na década de 1940, período em que esteve exilado no Brasil –, afirma que “um mundo ganho para a técnica está perdido para a liberdade”, o que leva a refletir sobre a importância da *praxis* do direito na construção de significados relevantes do ponto de vista da preservação dos valores fundamentais.

O tema sugere a discussão em torno das relações que transcorrem entre a chamada Ética do Bem (Moral Social e Direito) e a Ética do Poder (Política), perspectiva da qual se pretende examinar, neste despretensioso ensaio, as dificuldades que estão postas para o combate da corrupção pela via jurisdicional.

1 A EXPANSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

San Tiago Dantas (1979:35-47), já em 1940, apercebera-se de que a política, no século XX, havia recuperado seu incontestável império, colocando para o jurista problemas que ele não estava preparado para resolver. Sustentava que a cultura representa a subjugação do mundo físico pela técnica, a par de um controle do homem sobre a razão técnica. A cultura é composta, assim, de um controle técnico e de um controle ético, de cuja adequada relação depende a expansão ou a decadência de uma civilização, de um grupo social. Advertia, naquela época, que o direito, como técnica de controle social, vinha perdendo

espaço para outras técnicas de composição de conflitos, menos dominadas pelo princípio ético e dotadas de grau mais elevado de eficiência, a exemplo da economia.

E há hoje quem sustente, do ponto de vista de um neoliberalismo econômico pragmático, que o combate à corrupção, por não preservar empresas e criar incertezas, levando à paralisação do consumo e dos investimentos em setores estratégicos, representa um desserviço ao País, com o que se confundem as noções de *valor* e *valia*, *valoração* e *avaliação*.

Em meio à crise do modelo de representação política, às dificuldades de superar um presidencialismo de coalizão, tudo permeado por aquilo que chamo de “círculo político pseudoideológico” (com matizes retóricos de direita, da social democracia e de esquerda), o Judiciário é chamado a arbitrar conflitos que, de acordo com o clássico modelo da tripartição dos poderes – no qual se formou a nossa tradição constitucional –, estão na esfera da atuação política.

Essa hipertrofia do Poder Judiciário acaba chamando a atenção para um importante aspecto, que diz respeito, precisamente, à necessidade de se pensar o Direito, no campo das *técnicas* de composição de conflito, como domínio ético. Na ideia de Estado Democrático de Direito, regime adotado no Brasil, inscrevem-se não só a vontade da maioria, a igualdade, a liberdade, a garantia dos direitos das minorias, o pluralismo político, o respeito à dignidade, ao trabalho e à livre iniciativa (art. 1º, incisos e parágrafo único, da CF), mas também a noção de *Democracia Ética*, que não se esgota no respeito às regras do jogo (procedimentalismo), exigindo a atuação de um sujeito consciente de suas possibilidades e de seus limites.

Nesse passo, inegável que a chamada “judicialização da política” – que tem como corolário a “politização do Judiciário” – atua no sentido de conter a interferência desagregadora dos “círculos políticos pseudoideológicos” e das práticas menos ortodoxas do liberalismo econômico pragmático, o mesmo que consente no emprego de quaisquer meios, contanto que sejam atingidos determinados fins.

Mas assim como há um uso instrumental, uma espécie de “agir estratégico parasitário do agir comunicativo” (para lembrar uma categoria *habermasiana*) no chamado *garantismo processual* (visão segundo a qual a jurisdição está submetida à presunção da inocência e ao imperativo da imparcialidade do juiz), poderão ocorrer consequências desagregadoras no *agir estratégico parasitário do agir*

comunicativo no concernente à atuação concreta do juiz, o que sugere a existência de uma ordem jurídica afastada da noção de *Democracia Ética*.

Destarte, enquanto o *agir comunicativo* busca o entendimento mútuo, a *ação estratégica* está comprometida com o êxito, com a consecução de determinadas finalidades na base de supostas regras racionais de escolha, prescindindo, por isto, de qualquer recurso à motivação racional. O direito integra a esfera cultural, um compartimento do mundo vivido que está preservado da ameaça da esfera sistêmica, própria das relações burocráticas e econômicas, que tendem a enfraquecer aquela razão comunicativa. O grande problema reside em que, embora a retórica se mova num campo social – no que se revela a sua capacidade de resistência ao poder de expansão dos subsistemas de ação instrumental –, o Direito, como um todo, não pode se dissociar da sua base normativa e, portanto, da possibilidade do uso da força, o que faz pensar na contaminação de um agir comunicativo por um agir estratégico (Habermas, 1990:86-101).

Enfim, o processo não é propriamente uma disputa cheia de medidas, nele se refletindo as mesmas tensões do resto da sociedade, razão pela qual, por mais que se tenha em conta o fato de ser o Direito uma ciência do espírito, não se pode fechar os olhos para a inegável capacidade de cooptação das formas de ação instrumental, que acabam colonizando o mundo da vida, tornando-se parasitárias do agir comunicativo.

E aqui não se está a falar em “corrupção do juiz” no sentido da preocupação já existente, desde os tempos do Código de Hamurabi, com a conduta venal do Magistrado, que, de outra perspectiva, na visão judaico-cristã do Deuterônomo, rompe a aliança com Deus ao agir mediante suborno. Fala-se, isto sim, num certo *ativismo judicial*, que se poderia definir – para os propósitos de nossa breve exposição – como atuação judicial voltada à realização de uma visão particular do Direito, de um sentimento de justiça e de um voluntarismo que resvala o psicologismo ou o *emotivismo ético de Nietzsche* (2017:17-49), presente na *Genealogia da Moral*, do qual está impregnado o Direito Livre, Escola formada por Kantorowicz e Isay.

2 CORRUPÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS

O *ativismo judicial* aportou no Brasil na base da leitura que alguns juízes, advogados e integrantes do Ministério Público passaram a fazer do chamado “Direito Alternativo”, uma tendência que estivera em voga na Europa até o final da década de 1960, e que aqui chegou tardiamente, na década de 1980

(Souza, 1995:197-207; Deodato, 2002:113-137). Depois, o ativismo ganhou outros contornos, com sólidos fundamentos teóricos (Teubner, 1988:17-100), que não vem ao caso discutir aqui, importando frisar apenas que as práticas do ativismo judicial renunciam à diferenciação funcional entre Direito e Política, diferenciação essa que se fez a partir de Max Weber e Hans Kelsen e que se encontra presente, por exemplo, nas contribuições de Niklas Luhmann².

Desse ponto de vista, quando se fala em “CPI Lava Toga”³, utilizando-se do mesmo campo semântico da chamada “Lava Jato”⁴, está-se confundindo, propositalmente ou não, *ativismo judicial* e *corrupção*, vale dizer, dando-se ao ativismo judicial um significado que ele historicamente não tem, na construção feita pela Teoria Política e pela Filosofia do Direito. Dito de outra forma, ao baralhar os conceitos, está-se criminalizando o ativismo judicial e, ao mesmo tempo (numa via de mão dupla), dizendo que as suspeitas que pesam, no

² A propósito dos pontos de contato das teorias de Weber e Kelsen, no concernente à diferenciação funcional entre Direito e Política, v. Gabriel Prado de Souza Aranha. *A dominação legal como expressão do direito nas sociedades burocráticas: diálogo entre a sociologia compreensiva e a teoria pura do Direito*. São Paulo: Letramento Editora e Livraria, 2018. Ainda sobre esta diferenciação, v. LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Trad. Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 29, 40-47, 61, 90, 110 e 113.

³ A expressão, cunhada pela mídia, designa sucessivos requerimentos, formulados no Senado, com fundamento na norma do art. 58, § 3º, da Constituição Federal e dos arts. 145 a 155 do RISTF, visando à instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, no âmbito daquela casa legislativa, para apurar condutas ímprobas e violações éticas, sobretudo de Ministros do STF, a exemplo do recebimento de empréstimo bancário a pessoa jurídica cujo sócio-fundador é ministro designado para participar de julgamento no qual a instituição bancária figura como parte; concessão de liminares, em sede de *habeas corpus*, a pessoas das relações do referido ministro; realização de palestras, por ministros do STF, remuneradas pelo referido banco; atuação de ministro do STF em processos nos quais o credor é parte; instauração de procedimento investigatório, por parte do Presidente do STF, sem que fossem apontados indícios de autoria, nem mesmo de materialidade, em ações supostamente ofensivas à “honorabilidade da Corte, de seus membros e familiares”, procedimento no curso do qual se ordenou a suspensão de mais de uma centena de investigações sigilosas da Receita Federal.

⁴ A expressão, que ganhou notoriedade internacional, faz referência à operação da Polícia Federal que se iniciou em Curitiba, no ano de 2014, com desdobramentos em São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal, cujas investigações resultaram na prisão e condenação de um número expressivo de agentes públicos e de agentes políticos, integrantes de organizações criminosas, além de importantes empresários, em razão da prática de crimes contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional, práticas essas com tentáculos em países da América do Sul, África e Europa, que resultaram na perda de bilhões de reais. Foi precisamente no contexto das relações que se estabeleceram entre grupos de trabalho do Ministério Público Federal e do Distrito Federal, conhecidos como “força-tarefa”, e a Justiça Federal de primeira instância que a chamada “Operação Lava Jato”, em 2019, colocou-se na mira do ataque de diversos segmentos da sociedade, sob o argumento da existência de parcialidade na condução dos processos e da falta de isenção nos julgamentos.

ambiente da grande mídia, sobre a jurisdição da Corte Constitucional (prática da corrupção no sentido estrito) devem-se à judicialização da política⁵.

Embora historicamente o tema da corrupção não se inscreva no espectro da violação dos Direitos Humanos (nenhum dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos faz referência à corrupção), inegável que é antiga a preocupação de organismos multilaterais (FMI, Banco Mundial, PNUD, Organização dos Estados Americanos) com o tema da corrupção, que remete ao uso indevido do Poder Público para satisfazer interesses privados (aliás, nesse aspecto, vê-se o quão indevida é a extensão do significado de “corrupção” quando se cuida de atacar o ativismo judicial, prática essa que consiste em fazer valer uma particular concepção de justiça, com total distanciamento da diferenciação funcional entre Direito e Política).

E o Brasil subscreveu tratados e convenções internacionais que promovem a cooperação internacional no combate preventivo e repressivo da corrupção. Dentre estes instrumentos está a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, podendo-se afirmar que a tríade democracia participativa (a), acesso às contas públicas (b), Judiciário e Ministério Público independentes (c) é a base (um tripé, no caso) para todas aquelas ações de combate.

Se é certo que a corrupção não se insere propriamente no campo de violação dos direitos humanos, certo também é que a repressão da improbidade é indispensável no combate à violação daqueles direitos, tratando-se, pois, de conceitos complementares (*corrupção e desrespeito aos direitos humanos*). Licitações fraudulentas comprometem políticas públicas importantes, conspirando contra a aplicação da justiça distributiva. Sob outro aspecto, a atuação do crime organizado, com a conivência dos agentes do Estado, gera violência (que atinge as camadas mais pobres da população, sobretudo), além de investir contra a integridade física e a economia popular, como se viu no desabamento de prédios na Comunidade da Muzema, Rio de Janeiro, e como se pode observar na área de manancial da Represa Guarapiranga, no extremo Sul da Cidade de São Paulo, região em que o “crime organizado” vem realizando o parcelamento irregular do solo⁶.

⁵ A propósito de uma crítica consistente ao ativismo judicial e à corrupção judicial, territórios distintos, v. PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 69, 76, 89, 91, 98, 127 a 133.

⁶ KRUSE, Tulio. Crime organizado coordena invasões em áreas de mananciais de São Paulo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2019. Sustentabilidade. Disponível em: <<https://sustentabilidade>>.

Práticas do *clientelismo* e do *patrimonialismo* – objeto de estudos que se tornaram clássicos na sociologia brasileira – foram postas ao alcance da Justiça graças à formulação de políticas legislativas agregadoras, dando lugar à edição de leis que são marcos civilizatórios, os quais, por força da atuação da imprensa e dos corpos intermediários da sociedade – para lembrar Norberto Bobbio (1986:55-64) –, ainda resistem às constantes ameaças, vindas de setores que não têm compromisso com a ética. Fala-se, assim, da tentativa de “flexibilização” da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Improbidade Administrativa, neologismo com o qual se busca edulcorar práticas que afrontam a chamada *Democracia Ética*.

No apagar das luzes do ano de 2018, editou-se lei complementar que afasta a restrição de gastos dos municípios na despesa com pessoal, objeto da Lei de Responsabilidade Fiscal, bastando que o gestor comprove queda de receita real superior a 10% em relação ao quadrimestre do exercício anterior, motivada por diminuição na transferência de *royalties*, das verbas do Fundo de Participação dos Municípios ou das participações especiais. Tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei que, em muitos aspectos, tornará mais ágil o processo e mais eficaz a punição nos casos de prática de ato ímprobo por agentes públicos e particulares. Entretanto, a pretexto de “modernizar” as disposições da Lei de Improbidade Administrativa, cogita-se da redução da pena para o réu confesso e da aplicação do acordo de leniência a pessoas naturais, o que se revela polêmico.

No clima dos preparativos da última Copa do Mundo de futebol, a retórica da “pátria de chuteiras no pé” conseguiu vencer a atitude cívica consciente e consistente, “flexibilizando” a Lei de Licitações, com o que se instituiu um Regime Diferenciado de Contratações Públicas. A História recente mostra toda a conspiração urdida para aprovação da lei que instituiu o tal RDC, o que deixou um rastro de obras disfuncionais e abandonadas, empréstimos a descoberto de vultosas quantias à custa do Erário e consequente aumento da dívida pública interna, contribuindo, em muito, para o cenário de desalento que se instalou no País.

estadao.com.br/noticias/geral,crime-organizado-coordena-invasoes-em-areas-de-mananciais-de-sao-paulo,70002884543>. Acesso em: 23 out. 2019; DOLZAN, Marcio; JANSEN, Roberta. Operação prende 14 suspeitos ligados à exploração imobiliária ilegal na Muzema. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2019. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,operacao-tenta-prender-acusados-de-construir-imoveis-em-area-de-milicia,70002923720>>. Acesso em: 23 out. 2019.

Pensando no campo da razão prática (que orienta a vontade, elemento fundamental da vida desde os Antigos), é preciso que tenhamos não só a dimensão técnica do Direito (na técnica, agente, ação e finalidade surgem de maneira separada, de forma que a produção é sempre uma coisa externa ao sujeito que a produziu), mas a dimensão da *praxis* do Direito (na *praxis*, há um reconhecimento do sujeito naquilo que ele produz). Esta é a questão ética posta no texto de San Tiago Dantas (1979) – Professor Catedrático de Direito Civil da antiga Faculdade Nacional de Direito –, que chama a atenção para a importância da prudência, da capacidade de avaliar, em todas as circunstâncias, o caminho a ser seguido.

3 O CAMPO ÉTICO E A ESFERA DA CULTURA

Ocorre que fins éticos exigem meios éticos. E aqui se trata de discutir em que limite o ativismo judicial, atuando como paladino da justiça, não estaria investindo contra direitos fundamentais da Constituição, a exemplo do contraditório, da presunção de inocência, da imparcialidade da jurisdição e da excepcionalidade da restrição ao direito de ir e vir, debate que se inscreve na esfera da *Democracia Ética*, mas que remonta à filosofia clássica e à filosofia moderna, trazendo a lume a questão da consciência ética.

Rousseau dizia que somos bons por natureza e que a noção de dever (diferentemente do que ocorre na concepção do cristianismo, em que opera a noção de mandamento divino) vem apenas para nos fazer recordar de nossa bondade inata (Rousseau, 1995:308-310, 387-398, 431-461). Kant, de outra forma, sustenta que somos pérfidos, abjetos e cruéis, ávidos por prazer, e que a razão prática (tanto quanto a teórica, universal) impõe a si mesma normas e fins morais por ela própria criados, de sorte que a imposição do dever – tal qual ocorre a Rousseau – não é externa ao homem, heterônoma, mas autônoma. Nesse sentido atua o imperativo categórico, que se dirige ao Homem no sentido universal: “Age sempre de tal modo que possas também querer que o teu agir se transforme em lei universal da natureza” (Kant, 1986:49, 51, 82, 84, 87, 89, 130, 134; 1974:413-421, 425, 428, 447, 449).

A alteração dessa noção de *moralidade subjetiva*, que gira em torno da *díade sujeito-natureza*, surge com Hegel, pois importa na formação do caráter moral do indivíduo o mundo da cultura, das artes, do social, as diferentes formas de vida – para lembrar uma expressão que seria empregada mais tarde por Wittgenstein (1996:23, 27). Daí a substituição de uma *moralidade subjetiva* por

uma *moralidade objetiva*, na qual a consciência moral é resultado das interações humanas, representada pela *tríade sujeito-história-cultura*. Nestes termos, o imperativo categórico, no lugar de se dirigir à humanidade, ao Homem no sentido universal, haverá de ter em conta cada uma das realidades culturais (Hegel, 2014:256-270, 301-420).

Em outras palavras, a exigência ética, longe de constituir um mandamento da razão prática, como concebeu Kant, emerge transcendentemente da consciência histórica. O acordo entre a vontade subjetiva (indivíduo) e vontade objetiva (cultural) ocorre plenamente quando o ser humano internaliza a cultura do meio em que vive, agindo, nesta medida, de maneira livre e espontânea. Eis aqui a nova concepção de *dever moral*, que está em Hegel. No momento em que os valores de uma sociedade entram em crise, passando o homem a transgredir o dever moral, aqui se dá o rompimento daquele acordo (descompasso entre vontade subjetiva e vontade objetiva), o que explica o declínio de uma sociedade, com o surgimento de um novo período histórico.

É certo que o formalismo jurídico, ao recusar os valores, dá a impressão de recusar a história. Mas o positivismo metodológico de Hans Kelsen (1979:7-11, 17, 18, 93-107), para tomar um exemplo, não é um ceticismo ético, buscando o jusfilósofo austríaco apenas fundar uma ciência isenta de valores, o que não implica negar a necessidade e a importância do momento da interpretação da norma jurídica. Trata-se de um paradigma ultrapassado, mas não o era ao tempo da formulação da *Teoria Pura do Direito*, cabendo lembrar que a concepção de “formas de vida”, nas *Investigações Filosóficas* do segundo Wittgenstein, só viria a público no ano de 1952, achando-se Kelsen (1979:267) perfeitamente alinhado, quando refuta a falácia naturalista (de um enunciado do ser não se pode retirar um enunciado do dever-ser), ao pensamento do Círculo de Viena, que influenciou o Wittgenstein de *Tractatus Philosophicus*⁷.

4 A TÉCNICA PROCESSUAL E A REALIZAÇÃO DE VALORES

Creio que há muito está posto para a ciência prática do Direito o desafio que consiste num controle da *praxis* sobre a técnica, de forma que o sujeito moral, no seu agir, possa reconhecer uma finalidade que se coloque em acordo com as expectativas da sociedade. Bergson, em 1932, na obra *As Duas Fontes da*

⁷ Allan Janik e Stephen Toulmin registram que o positivismo jurídico sofreu influência do Círculo de Viena (JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *A Viena de Wittgenstein*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 3, 7).

Moral e da Religião, distingue entre *moral fechada*, infensa à alteração dos padrões de conduta, e *moral aberta*, que rompe com a tradição, abrindo espaço para novos valores, o que se dá graças à ação de homens inspiradores, a exemplo dos sábios, heróis, santos e profetas (Bergson, 1939:21-64). Outros filósofos contemporâneos também perseguem uma *nova ética*, mas de uma perspectiva procedimentalista, fazendo-o Karl-Otto Apel (1994:217-284), do ponto de vista de uma razão dialógico-discursiva, Habermas (1990:80-82; 1989:79-84, 114-115; 2001:45-68, 132-135; 1997:307-320), sob a ótica de uma razão comunicativa, e John Rawls (1981:27-62, 253-292, 335-425), na linha de uma teoria da justiça de raiz deontológica.

A chamada Operação Lava Jato aponta para a necessidade de discutir novos paradigmas de distribuição de justiça não só no campo penal, mas também nas suas interfaces com o Direito Administrativo e o Direito Econômico. Mas é preciso cuidado para que o combate a um agir estratégico parasitário de um agir comunicativo não reproduza os mesmos malefícios que se busca combater, convindo repetir que fins éticos exigem meios éticos (com alusão, neste passo, a uma ética mais que deontológica, legalista). Em outras palavras, a *Democracia Ética* envolve, a par do respeito às regras de conteúdo inscritas na Constituição da República, também o respeito às regras do jogo (procedimentalismo). E isto nada tem a ver – para lembrar a referência de Bergson (1939:21-64) – com o espaço do heroísmo, do messianismo ou do misticismo, inserindo-se a discussão no campo da ação social.

O processo penal brasileiro tem de se submeter a profunda reformulação. Trata-se de uma codificação arcaica, que sobrevive à custa de muitos remendos, tantos que a tornaram disforme. As alterações não passam apenas pela distinção entre *sistema acusatório* (em que é rígida a separação entre juiz e acusação) e *sistema inquisitório* (no qual o juiz tem iniciativa no campo probatório), exigindo o estabelecimento de uma esfera institucional de discussão e de uma distribuição consensual do ônus da prova, como já se dá no âmbito do processo civil, a partir do Código de Processo Civil de 2015 (Souza, 2016:41-60). Lembrando a contribuição feita, ainda na década de 1970, por Tercio Sampaio Ferraz Jr., objeto da tese de livre docência no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, nesse processo judicial mais dialógico, o plano da *discussão contra*, cheia de embustes, repleta de práticas cavilosas e ações insinceras, cederia lugar para o plano de uma *discussão com*, que pressupõe homologia entre as partes na busca da verdade processual (Ferraz Jr., 1973:31-37, 61-95, 159-189).

Entendo que o legislador, na reforma implantada pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – que estabeleceu a distinção entre o *juiz das garantias* e o *juiz da instrução e julgamento*, com o propósito de tornar efetivo o sistema acusatório delineado na regra dos arts. 129, I, e 144 da Constituição Federal –, perdeu a oportunidade de investir na instauração da razão processual discursiva.

Os críticos das alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.964/2019 sustentam que, conquanto importante, do ponto de vista da garantia de uma sentença objetiva e impessoal, separar a fase em que se decide sobre a existência ou não de fundamentos para submeter alguém a um processo penal (a) e a fase em que se decide, diante das provas da materialidade e da autoria, sobre a imposição da pena (b), não se pode instaurar uma separação estanque desses dois momentos, que conspiraria contra a funcionalidade do processo penal.

Para os partidários dessa tese, se é bem certo que não se realiza justiça na base de prejulgamentos, pressentimentos, preconceitos, suposições e conjeturas, certo também é que o amplo descortino dos fatos, à luz do debate público e da necessária fundamentação – imperativos de ordem constitucional (art. 93, IX, da CF) –, é imprescindível para que se possa decidir de maneira conscienciosa e justa, não se revelando como consequência lógica do acesso aos elementos colhidos na fase do inquérito policial a deformação do escrutínio equilibrado que se espera do julgador⁸.

É inegável que a apuração feita na fase de investigação, servindo apenas para a formação da *opinio delicti*, não pode constituir fundamento para o veredito final, o que é da essência do modelo acusatório, impedimento esse que

⁸ A doutrina tradicional sempre deu especial relevo a uma espécie de intuição intelectual no ato de julgar, sobretudo na esfera penal, como se retira da seguinte passagem: “A técnica da decisão exige atitudes especiais, que não tem todos os juristas, não bastando conhecer, mesmo profundamente, o direito, para saber traduzí-lo em realidade; é preciso uma capacidade espiritual, um sentimento próprio, que explica como, ao lado da *técnica na aplicação*, há uma *aplicação instintiva* do direito, pela qual o prático *sente*, sem mais, a decisão justa e a segue [...]” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. III, 1965. p. 235). Embora mais à frente o texto transcrito faça críticas à “confiança cega” na “solução instintiva”, segue na senda de uma compreensão idealista do processo de decisão: “O juiz não pode encerrar-se num ambiente irreal, alheio do meio em que vive, para decidir, escravizado a rigorismo teórico de funestas consequências; tem de agir como homem inteligente, raciocinando, na senhoria das idéias e conhecimentos, que formam o patrimônio intelectual e a experiência do seu tempo, utilizando conhecimentos extra-jurídicos, que constituem elementos e pressupostos do raciocínio, verdades naturais ou matemáticas [...]” (*idem, ibidem*). De outra forma, entendemos que é preciso ressaltar, na linha da filosofia analítica, a importância da razão discursiva no momento da decisão, pressuposto do controle democrático da produção jurisdicional.

subsiste independentemente da configuração que o modelo ganhou em cada um dos países europeus nos quais foi adotado. Todavia – defendem os críticos da reforma processual penal –, o legislador parece desconsiderar que os elementos integrantes do repertório de todo e qualquer sistema envolvem prestações recíprocas, incumbindo à estrutura de funcionamento impedir que uns sejam colonizados pelos outros.

Essa colonização se dá, na prática do processo judicial, quando os elementos do sistema (normas, princípios, institutos) passam a ser utilizados para corromper o próprio sistema, o que invariavelmente ocorre na base de expedientes retóricos que, falando em nome da integridade daquele conjunto de regras, conspiram contra a sua unidade, situação na qual a técnica é utilizada como mero exercício do poder, numa espécie de violência simbólica.

Os críticos da reforma processual penal sustentam que ao subtrair do *juiz da instrução e julgamento* tudo aquilo que foi produzido na fase da investigação criminal, sob o crivo do *juiz das garantias* (a lei abre exceção, admitindo que o *juiz da instrução e julgamento* possa ter acesso às provas consideradas “não repetíveis” e às medidas de obtenção de prova), o legislador estaria investindo na entropia negativa do sistema, vale dizer, no seu caráter disfuncional. Recorrendo a um exemplo perverso, bastaria matar a testemunha-chave – que, não fosse o fato de encontrar-se morta, estaria em condições de depor no júízo da causa (“prova repetível”) – para obter a absolvição⁹.

Sem descer ao exame da controvérsia, importa apenas considerar que a regra do art. 3º do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei Federal nº 13.964, de 24.12.2019, não é incompatível com um aprofundamento da reforma que se encaminhe no sentido de prestigiar a razão processual discursiva e a distribuição consensual do ônus da prova. Mais que isto, essa perspectiva dialógica viria ao encontro da norma, que veda a iniciativa probatória do juiz e o julgamento fora ou além do pedido (*ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra petitum et extra petitum*).

Decerto, ao ajustar com as partes os meios de prova, concitando a acusação e a defesa a cooperar na aplicação da lei penal e processual penal, com vista

⁹ É claro que se poderia contestar o argumento dizendo que, se a testemunha morreu, a prova tornou-se irrepetível. Mas ocorre, na maioria das vezes, de simplesmente não se localizar a testemunha, sem saber que está morta. Tudo depende, então, do conceito de “prova não repetível”, que ficará banalizado caso se o estenda às situações de não localização da testemunha.

à solução do caso sob exame, o julgador não estará se deixando influenciar, nem violando as garantias do réu, pois haverá clara delimitação do campo de incidência da jurisdição penal, e mais, definição consensual dos meios adequados à realização da justiça.

Mutatis mutandis, é o que se passa, a partir da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, no âmbito do processo civil (art. 357, §§ 1º e 3º, do CPC), cabendo lembrar que, embora não exista perfeita coincidência entre a *regra do ônus probatório* (vigente no processo civil) e o *princípio da presunção de inocência* (vigente no processo penal), no limite, diante da complexidade da matéria de fato ou de direito, poderá o juiz solicitar a colaboração da acusação e da defesa para melhor formar o seu convencimento. Enfim, cuida-se de conciliar *técnica e praxis*, elementos da tradição filosófica cuja integração se revela imprescindível à realização da *Democracia Ética*.

CONCLUSÃO

O estabelecimento consensual das regras de reconstrução dos fatos – não na sua apreensão empírica, ideal ou ontológica, mas valorativa, cultural – representa um novo e importante paradigma para a distribuição da justiça, que não investe, no campo da jurisdição penal, contra as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, no sentido de que a imparcialidade dos veredictos tem como pressuposto necessário a separação das funções de investigação, acusação e julgamento, discriminação que, segundo meu entendimento, não se vê prejudicada no modelo da razão processual discursiva (aliás, pelo contrário, como se buscou demonstrar).

Trata-se de reproduzir aqui – com a ressalva de que a ciência prática do Direito não se desenvolve propriamente no campo teórico – o modelo proposto por Thomas Kuhn, em *A estrutura das revoluções científicas*, obra na qual o autor, confrontando a produção do cientista com o ambiente social que nela se reflete, descreve a sucessão de teorias na base de um processo de normalidade e crise, em que se alternam períodos de consolidação e substituição de axiomas, hipóteses, princípios, categorias e interpretações, chamados *paradigmas* (Kuhn, 2017:71-176).

Há momentos nos quais os paradigmas, diante da incapacidade de dar uma explicação para fatos novos, entram em crise, exaurindo-se. Paralelamente, outros paradigmas vão surgindo no horizonte das ciências, com o que se iniciam as chamadas *revoluções científicas*, as quais só se consolidam quando o consenso

se estabelece em torno do paradigma emergente, dando lugar a um novo período de *ciência normal*.

A construção consensual do paradigma envolve estratégias de persuasão que levam em conta fatores sociais, políticos, econômicos e culturais. A verdade científica, assim como a verdade processual, é mediada pela linguagem, que, por sua vez, revela-se como produto da interação humana. A organização do consenso não é tarefa fácil. O problema é que fora dessa construção dialógica será a simples imposição, que nunca conforta, nunca pacifica, ou o sentimento de que, apesar de ter a justiça do meu lado, isto não é garantia de que ganharei o processo, para repetir Molière¹⁰. Ocorre que o Direito é, precisamente, instrumento de pacificação social, de realização da justiça, que, sem a dimensão ética, deixa de reconhecer a si próprio, perdendo a identidade.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

ARANHA, Gabriel Prado de Souza. *A dominação legal como expressão do direito nas sociedades burocráticas: diálogo entre a sociologia compreensiva e a teoria pura do Direito*. São Paulo: Letramento Editora e Livraria, 2018.

BERGSON, Henri. *Les deux sources de la morale et de la religion, vingt-huitième édition*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1939.

BERNANOS, Georges. *A França contra os robôs*. Trad. Lara Christina de Malimpensa. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DANTAS, San Tiago. Renovação do direito. In: *Encontros da UnB – Ensino jurídico*. Brasília, Universidade de Brasília, n. 144, 1979.

¹⁰ “Minh’alma confiou no que é meu direito; No entanto, vê-me aqui privado de sucesso: A justiça me apoia, e eu perco o processo! Um calhorda, dono de escandalosa história, Por torpe falsidade é quem sai com a vitória!” (MOLIÈRE. *O misantropo*. Trad. Bárbara Heliodora. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, n. 1.490-1.494, p. 104).

DOLZAN, Marcio; JANSEN, Roberta. Operação prende 14 suspeitos ligados à exploração imobiliária ilegal na Muzema. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2019. Brasil. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,operacao-tenta-prender-acusados-de-construir-imoveis-em-area-de-milicia,70002923720>>. Acesso em: 23 out. 2019.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. III, 1965.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1973.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1987.

_____. *Teoría de la acción comunicativa – Crítica de la razón funcionalista*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Buenos Aires: Taurus Humanidades, v. II, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2014.

JANIK, Allan; TOULMIN, Stephen. *A Viena de Wittgenstein*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. In: *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. *Crítica da razão prática*. Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KRUSE, Tulio. Crime organizado coordena invasões em áreas de mananciais de São Paulo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2019. Sustentabilidade. Disponível em: <<https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,crime-organizado-coordena-invasoes-em-areas-de-mananciais-de-sao-paulo,70002884543>>. Acesso em: 23 out. 2019.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MOLIÈRE. *O misantropo*. Trad. Bárbara Heliadora. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral – Uma polêmica*. Trad. Attila Blacheyre. Rio de Janeiro: Edições BestBolso, 2017.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanormativa. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 41, v. 255, maio 2016.

_____. Que direito alternativo? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. *Direito, cidadania e justiça – Ensaio sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1995.

TEUBNER, Günther. Juridificação: noções, limites, soluções. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a. XIV, 1988.

WITTGESTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Submissão em: 13.02.2020

Avaliado em: 13.05.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 25.08.2020 (Avaliador C)

Avaliado em: 30.08.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 18.11.2020

OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS PARA A CRIAÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E DE SUA JURISDIÇÃO CONSULTIVA

THE HISTORICAL BACKGROUND TO THE CREATION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND ITS ADVISORY JURISDICTION

Marina Olegovna Goncharenok Lobato¹

Mestre em Direito Internacional (UERJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

ÁREA(S): Direito internacional; direito internacional público.

RESUMO: O presente artigo trata dos pressupostos históricos que permitiram a criação da Corte Internacional de Justiça (CIJ), o principal órgão jurisdicional da ONU. O artigo examina a criação, a atuação e as principais características do Tribunal Permanente de Arbitragem, que começou sua atuação em 1900, após sua criação ser prevista em 1899 pela Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais elaborada durante a Primeira Conferência da Paz em Haia. Para tanto, pontua a existência de dois projetos de criação de Cortes internacionais com as características distintas do Tribunal Permanente de Arbitragem: a Corte Internacional

de Presas e a Corte Permanente de Justiça Arbitral, projetos que foram apresentados durante a Segunda Conferência de Haia em 1907. O artigo analisa também o papel da Corte Permanente de Justiça Internacional, que pode ser considerada precursora da Corte Internacional de Justiça e elenca as principais diferenças e semelhanças entre a CPJI, o TPA e a CIJ. Além disso, analisa, de forma breve, o surgimento da jurisdição consultiva que representava uma das competências da Corte Permanente de Justiça Internacional e, atualmente, constitui uma das funções da Corte Internacional de Justiça.

ABSTRACT: *This paper deals with the historical assumptions that allowed the creation of the International Court of Justice*

¹ Advogada, Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e em Jornalismo com Especialidade em Trabalho Literário/ Editoração de Textos pela Universidade Estatal de Belarus. E-mail: marina.ogt@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/9421914208371577>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-7134-6709>>.

(ICJ), the main UN judicial body. The paper examines the creation, performance and main features of the Permanent Court of Arbitration, which began its work in 1900, and after its creation was foreseen by the Convention for the Pacific Settlement of the International Disputes of 1899. This Convention was celebrated during the First Hague Peace Conference. It also notes in the paper the existence of two projects for the creation of international courts with the distinct characteristics of the Permanent Court of Arbitration: the International Prize Court and the Permanent Court of Arbitral Justice. These projects were presented during the Second Hague Peace Conference in 1907. The paper also examines the role of the Permanent Court of International Justice, which can be considered as a precursor to the International Court of Justice. It highlights the main differences and similarities between Permanent Court of International Justice, Permanent Court of Arbitration and International Court of Justice. In addition, it briefly analyzes the emergence of advisory jurisdiction which was one of the competencies of the Permanent Court of International Justice and is currently one of the functions of the International Court of Justice.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Permanente de Arbitragem; Corte Permanente de Justiça Internacional; Corte Internacional de Justiça; Jurisdição Consultiva.

KEYWORDS: *Permanent Court of Arbitration; Permanent Court of International Justice; International Court of Justice; Advisory Jurisdiction.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Pressupostos históricos que viabilizaram o surgimento da Corte Internacional de Justiça; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Historical assumptions that enabled the creation of the International Court of Justice; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Os desentendimentos entre os Estados no século XIX provocaram diversos conflitos armados e, em razão da força devastadora dos mesmos, houve o surgimento e, de certa forma, o fortalecimento dos diversos movimentos pacifistas que defendiam a necessidade de criação de novos meios de solução de controvérsias. No ano de 1899, foi organizada a Primeira Conferência da Paz, que aconteceu em Haia. Um dos seus principais objetivos foi tratar da questão de desarmamento, que, por diversas razões, não encontrou uma solução definitiva. Outro objetivo foi a criação de um Tribunal Permanente de Arbitragem, que deveria auxiliar e incentivar os Estados a utilizarem a arbitragem para a solução pacífica de seus conflitos.

No período de funcionamento da Liga das Nações, mais propriamente em 1922, começou a funcionar a Corte Permanente de Justiça Internacional. Sua criação foi prevista, inicialmente, na Carta da Liga das Nações e, posteriormente, após a edição de seus próprios Estatuto e Regulamento (*Rules of Court*), a Corte passou a representar, de forma efetiva, uma Corte internacional. O próprio projeto da Corte foi elaborado por uma Comissão de dez juristas de distintos Estados. Os juízes tiveram mandatos fixos e, diferentemente dos juízes do Tribunal Permanente de Arbitragem, não podiam ser escolhidos pelas partes para decidirem a solução de um caso concreto. Além disso, foram escolhidos de modo a ter representantes de diversas culturas jurídicas.

O Estatuto da CPJI, além de vários outros assuntos, previa as fontes que deveriam ser aplicadas pelos juízes no momento do julgamento, sendo que seu Regulamento (*Rules of Court*) trazia as principais regras procedimentais. Nesse sentido, as regras eram preestabelecidas. A CPJI possuía tanto a competência contenciosa como a consultiva. O Conselho e a Assembleia da Liga das Nações tiveram competência de fazer o pedido do parecer consultivo. Atualmente, é possível verificar que a Corte Internacional de Justiça, em seus Estatuto e Regulamento (*Rules of Court*), prevê vários instrumentos e mecanismos que já faziam parte do Estatuto da CPJI e do seu Regulamento (*Rules of Court*), portanto, houve certa continuidade entre as duas Cortes.

1 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS QUE VIABILIZARAM O SURGIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A última década do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX são chamadas, por alguns autores, de “era progressiva”². Esse período caracteriza-se por diversos acontecimentos no âmbito do Direito Internacional, dentre os quais resultou a criação de Tribunal Permanente de Arbitragem, em 1899, pela Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais de 1899 e 1907. Nessas duas datas, aconteceram a Primeira e a Segunda Conferência da Paz de Haia³, bem como a criação, em 1920, de um primeiro

² LYNCH, Cecelia. Peace movements, civil society, and the development of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 210, 2012.

³ A Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais de 1899, no capítulo II, arts. 20 a 29, prevê a criação do Tribunal Permanente de Arbitragem. “*Chapitre II. De la Cour permanente d’arbitrage. Article 20. Dans le but de faciliter le recours immédiat à l’arbitrage pour les différends internationaux qui n’ont pu être réglés par la voie diplomatique, les Puissances signataires s’engagent à organiser une Cour*

órgão internacional jurisdicional – a Corte Permanente de Justiça Internacional⁴. O Tribunal e a Corte Permanente podem ser considerados antecessores da Corte Internacional de Justiça. Ainda nesse período, surgiram também precedentes que foram relevantes para o desenvolvimento de arbitragem internacional e, em geral, do direito internacional, por exemplo, o Caso Alabama (*Alabama claims*⁵). Vale ressaltar ainda que, no final do século XIX, houve um movimento relevante dos especialistas jurídicos internacionais que trataram da importância de codificação do direito internacional⁶. Além disso, os movimentos pacifistas

permanente d'arbitrage, accessible en tout temps et fonctionnant, sauf stipulation contraire des Parties, conformément aux Règles de procédure insérées dans la présente Convention. Article 21. La Cour permanente sera compétente pour tous les cas d'arbitrage, à moins qu'il n'y ait entente entre les Parties pour l'établissement d'une juridiction spéciale. Article 22. Un Bureau international établi à La Haye sert de greffe à la Cour. Ce Bureau est l'intermédiaire des communications relatives aux réunions de celle-ci. Il a la garde des archives et la gestion de toutes les affaires administratives. Les Puissances signataires s'engagent à communiquer au Bureau international de La Haye une copie certifiée conforme de toute stipulation d'arbitrage intervenue entre elles et de toute sentence arbitrale les concernant et rendue par des juridictions spéciales. Elles s'engagent à communiquer de même au Bureau, les lois, règlements et documents constatant éventuellement l'exécution des sentences rendues par la Cour" (Disponível em: <https://verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/002330/002330_Gewaamerkt_0.pdf>. Acesso em: 2 set. 2017).

⁴ SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the Permanent Court of International Justice: the rise of the International Judiciary*. Cambridge University Press. New York, 2005. p. 3-4.

⁵ O Caso Alabama trata do conflito entre os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha durante a Guerra Civil nos EUA. No período anterior, mais especificamente, em 1794, os Estados Unidos e a Grã-Bretanha assinaram o Tratado Jay, de acordo com o qual as possíveis controvérsias deveriam ser resolvidas por meio de arbitragem. Esse tipo de arbitragem era distinto daquilo que é atualmente entendido como arbitragem, como pontuam Eduardo Biacchi Gomes e Luis Alexandre Carta Winter, e, portanto, “tratava-se seja de um árbitro único – um homem político, quase sempre um chefe de Estado, por conseguinte um par e não um juiz profissional – seja de um órgão diplomático misto”. A Grã-Bretanha alegou sua posição de não intervenção no conflito interno dos Estados Unidos; no entanto, permitiu “aos navios dos rebeldes sulistas – o mais terrível e devastador dos quais tinha sido o ‘Alabama’ – que se equipassem e se abastecessem no Reino Unido”, o que provocou perdas econômicas dos Estados Unidos no período de 1862-1864 (GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. O Direito Internacional e os meios tradicionais de solução de controvérsias: entre os interesses econômicos e fundamentais do Estado. *Iniciação Científica Cesumar*, v. 16, n. 1, p. 29-40, jan./jun. 2014, p. 34. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/icesumar/article/view/3337>>. Acesso em: 24 set. 2017). Com base no Tratado de Washington de 1871, foi decidido transferir a competência de proferir decisão sobre o caso para a arbitragem internacional em Gênova. O Tribunal arbitral foi composto por representantes das partes em conflito e também por árbitros da Itália, Suíça e Brasil. Em 1872, a Grã-Bretanha foi condenada a pagar o valor de 15 milhões e 500 mil dólares em ouro (Reports of International Arbitral Awards. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf>. Acesso em: 23 set. 2017).

⁶ LYNCH, Cecelia. Peace movements, civil society, and the development of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 210.

começaram a produzir impacto sobre as políticas praticadas pelos Estados. Esse impacto decorreu da aceitação e da institucionalização de duas seguintes previsões legais: solução de controvérsias por meio da arbitragem internacional, com a criação do TPA, e a instituição de uma espécie de responsabilidade pelas decisões sobre a paz e a segurança, como demonstrado nos debates sobre os planos da Liga das Nações⁷.

1.1 AS CONFERÊNCIAS DA HAIA DE 1899 E DE 1907 E A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PERMANENTE DE ARBITRAGEM

O final do século XIX pode ser caracterizado pelo surgimento de numerosos conflitos armados, com destaque para as Guerras Napoleônicas na Europa e a Guerra Civil Norte-Americana, que acabaram provocando e dando origem aos movimentos modernos de arbitragem e de direito humanitário⁸. Percebeu-se, nesse período, a necessidade de os países se organizarem para discutir a possibilidade de desarmamento e a necessidade de elaboração de mecanismos de solução pacífica de controvérsias. Nesse contexto, em 1899, aconteceu a Primeira Conferência da Haia (Conferência da Paz), que contou com a participação de 26 Estados, dentre os quais estavam alguns Estados da Europa, como também China, Irã, México, Tailândia, Turquia, Japão e Estados Unidos. Considera-se que essa conferência foi bem-sucedida e alcançou, mesmo que de modo parcial, seus objetivos⁹.

O principal objetivo alegado para a convocação da Conferência de Haia foi a elaboração de medidas efetivas de desarmamento; mesmo não sendo ele alcançado de forma plena, foram elaboradas três importantes Convenções: Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais, Convenção de Respeito das Leis e Costumes da Guerra Terrestre (*Convention with Respect to the Laws and Customs of War by Land*) e Convenção para Aplicação à Guerra Marítima dos Princípios da Convenção de Genebra de 1864 (*Convention for the Adaptation*

⁷ LYNCH, Cecelia. Peace movements, civil society, and the development of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 210, 2012. p. 210.

⁸ BAKER, Betsy. Hague Peace Conferences (1899 and 1907). Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e305>>. Acesso em: 2 set. 2017.

⁹ CASSESE, Antonio. States: rise and decline of the primary subjects of the International Community. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 60-61, 2012.

to *Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention*). Além das referidas convenções, foram elaboradas e assinadas pelos participantes três declarações que tratavam da proibição de determinados tipos de armas¹⁰.

No preâmbulo da Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais, há previsão expressa de que um dos seus objetivos era estender o Estado de Direito e fortalecer o senso de justiça internacional¹¹. Com base em tais objetivos, decidiu-se criar o Tribunal Permanente de Arbitragem, que começou seu funcionamento em 1900. Caso não houvesse a possibilidade de solução dos conflitos por via diplomática, as potências, signatárias da Convenção, poderiam optar por demandar o Tribunal Permanente de Arbitragem, conforme o art. 20 da Convenção. Nesse sentido, o Tribunal teve competência sobre todos os casos, a menos que as nações optassem pelo estabelecimento de uma jurisdição especial para a resolução de um determinado caso concreto. Em relação à escolha dos árbitros, deliberou-se que cada signatário deveria designar não mais do que quatro pessoas, de reconhecida competência em matéria de direito internacional, para compor uma lista de árbitros do Tribunal, com mandato de seis anos e a possibilidade de recondução, conforme o art. 23 da Convenção¹². A escolha dos árbitros para a solução de uma disputa deveria ser feita com base na lista dos nomes do Tribunal Permanente de Arbitragem. Não sendo o tribunal arbitral constituído pelo acordo entre as partes, cada país deveria nomear dois árbitros, e estes, mais um. Caso houvesse empate, a escolha do árbitro deveria

¹⁰ BAKER, Betsy. Hague Peace Conferences (1899 and 1907). Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e305>>. Acesso em: 2 set. 2017.

¹¹ A Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais de 1899, no seu preâmbulo, prevê: “*Voulant étendre l’empire du droit et fortifier le sentiment de la justice internationale*” (Disponível em: <https://verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/002330/002330_Gewaarmerkt_0.pdf>. Acesso em: 2 set. 2017).

¹² A Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais. “*Article 23. Chaque Puissance signataire désignera, dans les trois mois qui suivront la ratification par Elle du présent acte, quatre personnes au plus, d’une compétence reconnue dans les questions de droit international, jouissant de la plus haute considération morale et disposées à accepter les fonctions d’arbitres. Les personnes ainsi désignées seront inscrites, au titre de membres de la Cour, sur une liste qui sera notifiée à toutes les Puissances signataires par les soins du Bureau. Toute modification à la liste des arbitres est portée, par les soins du Bureau, à la connaissance des Puissances signataires. Deux ou plusieurs Puissances peuvent s’entendre pour la désignation en commun d’un ou de plusieurs membres. La même personne peut être désignée par les Puissances différentes. Les membres de la Cour sont nommés pour un terme de six ans. Leur mandat peut être renouvelé. En cas de décès ou de retraite d’un membre de la Cour, il est pourvu à son remplacement selon le mode fixé pour sa nomination*” (Disponível em: <https://verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/002330/002330_Gewaarmerkt_0.pdf>. Acesso em: 2 set. 2017).

ser feita por um terceiro poder, nomeado a partir de um acordo entre as partes¹³. A cidade de Haia foi escolhida como a sede do Tribunal, e, mesmo que houvesse acordo superveniente entre as partes, a sede não poderia ser modificada¹⁴.

Com base nas previsões da Convenção, conclui-se que não havia a obrigatoriedade de um Estado signatário submeter o caso conflituoso à solução do Tribunal Permanente de Arbitragem, portanto, não se tinha uma sujeição obrigatória prévia. Ao longo dos anos, surgiu uma tendência de incentivo à resolução pacífica das controvérsias, com o objetivo de evitar os conflitos armados. Como expõe Tobias Lock, diferentemente do que sugere a denominação tribunal permanente, o TPA representava uma organização que fornecia um quadro para a solução de litígios internacionais por meio de arbitragem e que levava em consideração regras processuais básicas¹⁵. Como menciona Allan Pellet, o Tribunal Permanente de Arbitragem representava nada mais do que uma lista dos potenciais árbitros e uma estrutura administrativa que facilitava o estabelecimento dos tribunais arbitrais¹⁶. A voluntariedade e a possibilidade de as partes escolherem as normas de direito, aplicadas ao caso concreto, foram essenciais para que a arbitragem se tornasse um instrumento

¹³ A Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais. “Article 24. Lorsque les Puissances signataires veulent s’adresser à la Cour permanente pour le règlement d’un différend survenu entre Elles, le choix des arbitres appelés à former le Tribunal compétent pour statuer sur ce différend, doit être fait dans la liste générale des membres de la Cour. A défaut de constitution du Tribunal arbitral par l’accord immédiat des Parties, il est procédé de la manière suivante: Chaque Partie nomme deux arbitres et ceux-ci choisissent ensemble un surarbitre. En cas de partage des voix, le choix du surarbitre est confié à une Puissance tierce, désignée de commun accord par les Parties. Si l’accord ne s’établit pas à ce sujet, chaque Partie désigne une Puissance différente et le choix du surarbitre est fait de concert par les Puissances ainsi désignées. Le Tribunal étant ainsi composé, les Parties notifient au Bureau leur décision de s’adresser à la Cour et les noms des arbitres. Le Tribunal arbitral se réunit à la date fixée par les Parties. Les membres de la Cour, dans l’exercice de leurs fonctions et en dehors de leur Pays, jouissent des privilèges et immunités diplomatiques” (Disponível em: <https://verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/002330/002330_Gewaarmerkt_0.pdf>. Acesso em: 2 set. 2017).

¹⁴ A Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais. “Article 25. Le Tribunal arbitral siège d’ordinaire à La Haye. Le siège ne peut, sauf le cas de force majeure, être changé par le Tribunal que de l’assentiment des Parties” (Disponível em: <https://verdragenbank.overheid.nl/en/Verdrag/Details/002330/002330_Gewaarmerkt_0.pdf>. Acesso em: 2 set. 2017).

¹⁵ LOCK, Tobias. *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 9.

¹⁶ PELLET, Alan. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karina; TAMS, Christian J. (Org.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 735.

bastante frequente na solução de controvérsias internacionais¹⁷. Assim, cerca de dezessete tribunais arbitrais foram criados sob os auspícios do TPA e elaborados por volta de 100 tratados internacionais sobre resolução das disputas por meio de arbitragem, o que mostra que a arbitragem internacional tornou-se aceita de forma relativamente ampla¹⁸.

Em 1907, aconteceu a Segunda Conferência de Haia, da qual participaram 44 Estados, incluindo todos os participantes da Primeira Conferência e mais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Republica Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Durante essa Conferência, ocorrem a revisão, o aprimoramento e a ampliação das Convenções elaboradas em 1899¹⁹. Assim, houve a tentativa de se viabilizar não o sistema internacional de arbitragem, mas o de adjudicação, por meio da criação de uma Corte Internacional de Presas. Essa tentativa, no entanto, não foi bem-sucedida em razão de desacordo acerca do método de eleição de seus membros e também por causa da abertura de fontes que poderiam ser aplicadas na solução de um conflito²⁰. Assim, na Convenção (XII) da Haia de 1907, relativa à criação da Corte Internacional de Presas, em seu art. 7^o²¹, previa-se que, na ausência de um tratado entre as partes em vigor,

¹⁷ PELLET, Alan. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karina; TAMS, Christian J. (Org.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 734.

¹⁸ LOCK, Tobias. *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 9.

¹⁹ CASSESE, Antonio. States: rise and decline of the primary subjects of the International Community. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 61-62, 2012.

²⁰ SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the Permanent Court of International Justice: the rise of the International Judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 4-5.

²¹ Convenção (XII) da Haia de 1907, relativa à criação da Corte Internacional de Presas: “Art. 7. *If a question of law to be decided is covered by a treaty in force between the belligerent captor and a Power which is itself or whose subject or citizen is a party to the proceedings, the Court is governed by the provisions in the said treaty. In the absence of such provisions, the Court shall apply the rules of international law. If no generally recognized rule exists, the Court shall give judgment in accordance with the general principles of justice and equity. The above provisions apply equally to questions relating to the order and mode of proof. If, in accordance with Article 3, No. 2(c), the ground of appeal is the violation of an enactment issued by the belligerent captor, the Court will enforce the enactment. The Court may disregard failure to comply with the procedure laid down in the enactments of the belligerent captor, when it is of opinion that the of complying therewith are unjust and inequitable*” (Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?actio>

a Corte deveria aplicar as regras do direito internacional e, caso não houvesse uma norma geral reconhecida, a Corte deveria julgar com base nos princípios gerais de justiça e de equidade. Como pontua Paul Guggenheim, os padrões que deveriam ser aplicados e que estavam previstos na Declaração de Londres de 1909 não foram ratificados pela Grã-Bretanha, que era considerada o principal poder naval daquela época²². Como resultado, não chegou a ser criada a Corte; no entanto, mostrou-se viável, mesmo que de forma teórica, a possibilidade de criação de um sistema de adjudicação, e não de arbitragem.

De forma breve, vale a pena ressaltar a participação do Brasil na Segunda Conferência de Haia. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo esclarece que Rui Barbosa se posicionou de forma contrária à proposta dos EUA de criação de uma Corte Permanente de Justiça Arbitral (*Permanent Court of Arbitral Justice*), ou Corte de Justiça Arbitral (*Cour de Justice Arbitrale*)²³. Essa nova Corte deveria solucionar algumas incongruências do Tribunal Permanente de Arbitragem, mas continuava sendo um tribunal de arbitragem. No projeto oferecido pelos EUA, os juízes deveriam ser escolhidos antes do surgimento de um conflito e não poderiam ser escolhidos pelas partes para julgar um caso determinado; o número total dos julgadores não podia ultrapassar 17 pessoas²⁴. Ao todo, os EUA ofereceram dois projetos, sendo que, em seu segundo projeto, os países seriam divididos em cinco diferentes grupos, com base em critérios políticos. A Corte teria dezessete juízes, nove dos quais seriam permanentes e deveriam ser indicados pelas maiores potências e pelos Países Baixos. Os outros oito juízes seriam rotativos e deveriam ser nomeados pelos grupos dos países restantes, como explica Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo²⁵. O projeto dos EUA,

n=openDocument&documentId=6089E3CCB21F8720C12563CD00517221>. Acesso em: 15 set. 2017 - grifos nossos).

²² GUGGENHEIM, Paul. *Contribution a L'histoire des sources du Droit des Gens*. Collected Courses. Haia: The Hague Academy of International Law, v. 94, 1958. p. 75.

²³ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 423-442, 2016, p. 427.

²⁴ FASSBENDER, Bardo. Article 9. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karina; TAMS, Christian J. (Org.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-52, p. 1.

²⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 423-442, 2016, p. 428.

no entanto, não prosperou. A posição de Rui Barbosa foi de defesa da igualdade jurídica dos Estados e da primazia do Direito sobre a força, o que representa “o grande legado do País no início do século XX”²⁶; em razão disso, ele não admitia o projeto dos EUA, que, *a priori*, tratava os países como desiguais. Como esclarece Fassbender, a delegação brasileira sugeriu que cada uma das nações presentes, grande ou pequena, indicasse um juiz; com esses juízes indicados, deveria ser criada uma lista em ordem alfabética que seria dividida em três grupos; cada grupo teria mandato de três anos. Essa proposta, no entanto, igualmente, não foi aceita²⁷. Para Rosenne, a Corte Permanente de Justiça Arbitral (*Permanent Court of Arbitral Justice*) não chegou a funcionar, uma vez que não houve consenso em relação à escolha dos juízes²⁸. Nesse sentido, é possível verificar que, durante a Segunda Conferência de Paz de Haia, houve a elaboração de dois projetos de criação de Cortes: a Corte Internacional de Presas e a Corte Permanente de Justiça Arbitral, que, por diversas razões, não se tornaram efetivas.

O funcionamento do Tribunal Permanente de Arbitragem pode, no entanto, ser tido como bem-sucedido. No período de 1902 até 1921, foram analisadas e decididas cerca de quinze demandas que tratavam da interpretação de tratados, bem como de questões sobre a delimitação das fronteiras marítimas, finanças e seguros, regulamentação de situações pós-conflituais, entre várias outras²⁹. O TPA cumpriu um relevante papel, posto que serviu como ponto de partida para um projeto maior: a justiça internacional destinada à adjudicação e não à arbitragem³⁰.

²⁶ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 423-442, 2016, p. 429.

²⁷ FASSBENDER, Bardo. Article 9. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karina; TAMS, Christian J. (Org.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 1-52, p. 2.

²⁸ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 80.

²⁹ Tribunal Permanente de Arbitragem. Casos decididos pelo Tribunal. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/en/cases/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁰ SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the Permanent Court of International Justice: the rise of the International Judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 4.

1.2 A LIGA DAS NAÇÕES E A CRIAÇÃO DA CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL

Com a criação da Liga das Nações ou Sociedade das Nações, após a Primeira Guerra Mundial, em 1920, e a previsão expressa no Pacto³¹ acerca da necessidade de criação de uma Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1920, foram nomeados dez membros³² para compor o Comitê Consultivo de Juristas (*Advisory Committee of Jurists*) pelo Conselho da Liga das Nações. Esses membros deveriam elaborar o projeto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Em julho de 1920, o projeto foi apresentado pelo Comitê Consultivo e estava em seu objetivo criar uma corte de adjudicação³³. O projeto continha disposições relativas aos procedimentos obrigatórios, à organização da Corte, à competência da Corte, à lei aplicável para a solução de conflitos, à eleição de juízes, entre outros assuntos³⁴.

Foi nesse momento que os juristas debateram o conteúdo do art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Como demonstra Gleider Hernandez, foi considerada a possibilidade de inclusão dos princípios gerais de direito junto com os tratados e o costume internacional³⁵. Nesse sentido, os princípios gerais do Direito poderiam servir como mecanismo complementar para a solução de conflitos no âmbito da Corte Permanente de Justiça Internacional. Hernandez cita a posição, que gerou bastante discussão, de Hagerup (representante de Noruega, no Comitê Consultivo), que foi o primeiro

³¹ Pacto da Liga das Nações: “Article 14. The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly” (Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp>. Acesso em: 15 set. 2017).

³² Os seguintes juristas aceitaram o convite do Conselho da Liga das Nações: Adatci do Japão; Altamira da Espanha; Descamps da Bélgica; Fernandes do Brasil; Hagerup da Noruega; de Lapradelle da França; Loder de Países Baixos; Phillimore da Grã-Bretanha; Ricci-Busatti da Itália; Root dos EUA. Dr. James Brown Scott participou dos encontros na posição do conselheiro legal do Mr. Root. (HUDSON, Manley O. The Permanent Court of International Justice. *Harvard Law Review*, v. 35, n. 3, p. 245-275, jan. 1922. Harvard: The Harvard Law Review Association, 1922. p. 245)

³³ SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the Permanent Court of International Justice: the rise of the International Judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 7.

³⁴ SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the Permanent Court of International Justice: the rise of the International Judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 7.

³⁵ HERNANDEZ, Gleider. *The International Court of Justice and the judicial function*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 257-258.

a relacionar a aplicação dos princípios para não declaração de *non liquet* e a consequente não pacificação do conflito suscitado perante a Corte³⁶.

No dia 30 de janeiro de 1922, onze juízes da Corte Permanente de Justiça Internacional encontraram-se em Haia para dar início aos trabalhos da Corte, o que representou a culminação de todo o esforço do período anterior³⁷. Sua jurisdição foi aberta somente aos Estados e não possuía caráter compulsório³⁸. Deve-se mencionar, nesse momento, que a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, prevista no art. 36³⁹ do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, no art. 36(2)⁴⁰ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, foi exposta pelo representante do Brasil, Raul Fernandes, em uma das

³⁶ HERNANDEZ, Gleider. *The International Court of Justice and the judicial function*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 257-258.

³⁷ HUDSON, Manley O. The Permanent Court of International Justice. *Harvard Law Review*, v. 35, n. 3, p. 245-275, jan. 1922. Harvard: The Harvard Law Review Association, 1922. p. 245.

³⁸ LOCK, Tobias. *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 9.

³⁹ Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. "Art. 36. *The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in treaties and conventions in force. The Members of the League of Nations and the States mentioned in the Annex to the Covenant may, either when signing or ratifying the Protocol to which the present Statute is adjoined, or at a later moment, declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other Member or State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all or any of the classes of legal disputes concerning: (a) the interpretation of a treaty; (b) any question of international law; (c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; (d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation. The declaration referred to above may be made unconditionally or on condition of reciprocity on the part of several or certain Members or States, or for a certain time. In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court*".

⁴⁰ Estatuto da Corte Internacional de Justiça. "Article 36. *The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force. 2. The states parties to the present Statute may at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other state accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court in all legal disputes concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation. 3. The declarations referred to above may be made unconditionally or on condition of reciprocity on the part of several or certain states, or for a certain time. 4. Such declarations shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations, who shall transmit copies thereof to the parties to the Statute and to the Registrar of the Court. 5. Declarations made under Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice and which are still in force shall be deemed, as between the parties to the present Statute, to be acceptances of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice for the period which they still have to run and in accordance with their terms. 6. In the event of a dispute as to whether the Court has jurisdiction, the matter shall be settled by the decision of the Court*".

reuniões do Comitê Consultivo dos juristas que deveriam elaborar o projeto de criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, como explica Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo⁴¹. De acordo com esse dispositivo, a cláusula, mesmo sendo prevista no Estatuto, não possuía força imediata obrigatória, portanto os Estados tiveram liberdade de aceitá-la ou não, inclusive podiam aceitá-la com restrições. Como menciona Tobias Lock, nos termos do art. 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, quase dois terços dos membros da Liga das Nações fizeram declarações no que tange a essa cláusula⁴².

É importante ressaltar também que houve “alta aceitação” do Ato Geral (Solução Pacífica de Disputas Internacionais de Genebra) [*The General Act (Pacific Settlement of International Disputes)*] de 26 de setembro de 1928, que tratava do reconhecimento da jurisdição compulsória do CPJI, em certos casos⁴³. Nesse Ato, foi previsto que todo conflito não solucionado pela via diplomática poderia ser submetido à conciliação no âmbito de uma comissão especial ou permanente, conforme o Capítulo I (arts. 1-16)⁴⁴; caso as partes estivessem em conflito em relação a seus direitos e não conseguissem uma solução por meio da conciliação e da arbitragem e, por exemplo, se não houvesse consenso em relação à escolha dos árbitros ou não sendo firmado acordo especial de arbitragem (“*a special agreement*”), qualquer uma das partes teria a liberdade de submeter a solução de disputa à Corte Permanente de Justiça Internacional, conforme o Capítulo II (arts. 17-20, mais especificamente art. 19⁴⁵); outras disputas poderiam ser

⁴¹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 423-442, 2016, p. 427.

⁴² LOCK, Tobias. *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 9.

⁴³ LOCK, Tobias. *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 9.

⁴⁴ General Act (Pacific Settlement of International Disputes). “*Chapter 1. Conciliation. Article 1. Disputes of every kind between two or more Parties to the present General Act which it has not been possible to settle by diplomacy shall, subject to such reservations as may be made under Article 39, be submitted, under the conditions laid down in the present Chapter, to the procedure of conciliation. Article 2. The disputes referred to in the preceding article shall be submitted to a permanent or special Conciliation Commission constituted by the parties to the dispute. Article 3. On a request to that effect being made by one of the Contracting Parties to another Party, a permanent Conciliation Commission shall be constituted within a period of six months*” (Disponível em: <<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1928-General-Act-of-Arbitration.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017).

⁴⁵ General Act (Pacific Settlement of International Disputes). “*Chapter 2. Judicial Settlement. Article 17. All disputes with regard to which the parties are in conflict as to their respective rights shall, subject to any reservations which may be made under Article 39, be submitted for decision to the Permanent Court of*

resolvidas pelo Tribunal Arbitral, com base nas previsões do Capítulo III (arts. 21-28)⁴⁶⁻⁴⁷.

Há doutrinadores que atribuem um papel relevante, na criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, aos ativistas da sociedade civil que, tanto antes quanto depois da Primeira Guerra Mundial, afirmavam e disseminaram a ideia da necessidade de criação de uma Corte Mundial⁴⁸.

Nagendra Singht menciona que, do ponto de vista jurisdicional, houve avanços, ao se comparar com seus precursores⁴⁹. Os juízes eram escolhidos pelo Conselho e pela Assembleia. Como menciona Celso de Albuquerque Mello, essa

International Justice, unless the parties agree, in the manner hereinafter provided, to have resort to an arbitral tribunal. It is understood that the disputes referred to above include in particular those mentioned in Article 36 of the Statute of the Permanent Court of International Justice. Article 18. If the parties agree to submit the disputes mentioned in the preceding article to an arbitral tribunal, they shall draw up a special agreement in which they shall specify the subject of the dispute, the arbitrators selected, and the procedure to be followed. In the absence of sufficient particulars in the special agreement, the provisions of The Hague Convention of October 18th, 1907, for the Pacific Settlement of International Disputes shall apply so far as is necessary. If nothing is laid down in the special agreement as to the rules regarding the substance of the dispute to be followed by the arbitrators, the tribunal shall apply the substantive rules enumerated in Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice. Article 19. If the parties fail to agree concerning the special agreement referred to in the preceding article, or fail to appoint arbitrators, either party shall be at liberty, after giving three months' notice, to bring the dispute by an application direct before the Permanent Court of International Justice" (Disponível em: <<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1928-General-Act-of-Arbitration.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017).

⁴⁶ General Act (Pacific Settlement of International Disputes). "Chapter 3. Arbitration. Article 21. Any dispute not of the kind referred to in Article 17 which does not, within the month following the termination of the work of the Conciliation Commission provided for in Chapter I, form the object of an agreement between the parties, shall, subject to such reservations as may be made under Article 39, be brought before an arbitral tribunal which, unless the parties otherwise agree, shall be constituted in the manner set out below. Article 22. The Arbitral Tribunal shall consist of five members. The parties shall each nominate one member, who may be chosen from among their respective nationals. The two other arbitrators and the Chairman shall be chosen by common agreement from among the nationals of third Powers. They must be of different nationalities and must not be habitually resident in the territory nor be in the service of the parties" (Disponível em: <<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1928-General-Act-of-Arbitration.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017).

⁴⁷ WALLACE-BRUCE, Nii Lante. *The Settlement of International Disputes: the contribution of Australia and New Zealand*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. p. 45.

⁴⁸ LYNCH, Cecelia. Peace movements, civil society, and the development of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 210, 2012. p. 210. p. 213.

⁴⁹ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 8-9.

foi uma atribuição conjunta do Conselho e Assembleia⁵⁰. No âmbito da Corte Internacional de Justiça, atualmente, os 15 juízes são escolhidos pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral, a partir de uma lista de pessoas, apresentadas pelos grupos nacionais do Tribunal Permanente de Arbitragem, conforme o art. 4.1 do Estatuto da CIJ e, respeitadas as disposições, previstas nos parágrafos 2 e 3 do art. 4 do Estatuto da CIJ⁵¹. No Tribunal Permanente de Arbitragem, por sua vez, a escolha de árbitros para arbitrar um caso concreto foi feita de forma distinta, como foi anteriormente mencionado.

A Corte Permanente de Justiça Internacional possuía seu próprio Estatuto e Regras Procedimentais claras e conhecidas que vinculavam as partes; no Tribunal Permanente de Arbitragem, as partes escolhiam as regras procedimentais⁵². A Corte Internacional de Justiça também possui seu Estatuto e suas Regras Procedimentais. O registro/órgão registral da CPJI tornou-se um canal de comunicação com os governos e com as organizações internacionais⁵³.

A CPJI ganhou competência para emitir pareceres consultivos caso requisitados pelo Conselho ou pela Assembleia. Na prática, todos os pareceres consultivos foram solicitados pelo Conselho da Liga das Nações. O Tribunal Permanente de Arbitragem não possuía tal competência, enquanto que a Corte Internacional de Justiça continua a ter essa competência⁵⁴. Ressalta-se apenas a ocorrência de modificações relativas ao maior número de legitimados para a solicitação dos pareceres consultivos, dentre outras.

⁵⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004. p. 629.

⁵¹ Estatuto da Corte Internacional de Justiça. “Art. 4. 1. Os membros da Corte serão eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança de uma lista de pessoas apresentadas pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem, de acordo com as disposições seguintes. 2. Quando se tratar de membros das Nações Unidas não representados na Corte Permanente de Arbitragem, os candidatos serão apresentados por grupos nacionais designados para esse fim pelos seus Governos, nas mesmas condições que as estipuladas para os membros da Corte Permanente de Arbitragem pelo art. 44 da Convenção da Haia de 1907, referente à solução pacífica das controvérsias internacionais. 3. As condições pelas quais um Estado, que é parte do presente Estatuto, sem ser membro das Nações Unidas, poderá participar na eleição dos membros da Corte serão, na falta de acordo especial, determinadas pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança”.

⁵² SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 9.

⁵³ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 9.

⁵⁴ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 9.

O processo na CPJI era público e os debates eram publicados, o que representa a característica mais comum de uma Corte de Direito⁵⁵. Por outro lado, com o funcionamento da CPJI, aconteceu a esperada continuidade de suas decisões, contribuindo, assim, para o desenvolvimento do direito internacional⁵⁶. Por último, registre-se que foram previstas diferentes fontes de direito internacional a serem aplicadas no julgamento, tanto na jurisdição contenciosa quanto na consultiva – com a possibilidade de, se as partes assim desejassem, decidir-se a causa com base *ex aequo et bono*⁵⁷. Essas fontes foram previstas de forma expressa no art. 38 do Estatuto da Corte, e, posteriormente, o teor do artigo foi reproduzido no art. 38 da Corte Internacional de Justiça.

Entre as fontes, estão elencadas as convenções internacionais que estabelecem as normas reconhecidas pelas partes do conflito, o costume internacional e os princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações civilizadas. Em relação aos tratados e costume internacional, não houve discordância no Comitê Consultivo; no entanto, em relação à inclusão dos princípios, proposta de Descamps, da Bélgica, houve posições contrárias, especialmente as de Root, dos EUA, e de Phillimore, da Grã-Bretanha⁵⁸. Por força do art. 59 do Estatuto da CPJI, a decisão não possuía força obrigatória para outros casos sem ser o caso em questão, portanto decisões judiciais e a doutrina podiam servir como meios subsidiários para determinar as normas legais, conforme a previsão expressa no art. 38 do Estatuto da CPJI.

Ressalte-se que, mesmo sendo criado pela Liga das Nações, o Estatuto da Corte não fazia parte do Estatuto da Liga das Nações e, portanto, um país-membro da Liga não assinava, automaticamente, o Estatuto da CPJI. O ato de se tornar parte do Estatuto da Corte e o de se tornar membro da Liga das Nações eram distintos; contudo, não se perca de vista que suas despesas eram previstas

⁵⁵ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 9.

⁵⁶ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 9.

⁵⁷ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 9.

⁵⁸ SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the Permanent Court of International Justice: the rise of the International Judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 58.

no orçamento da Liga das Nações e, como já mencionado, a Assembleia e o Conselho elegiam os juízes em conjunto⁵⁹.

Em comparação, a Corte Internacional de Justiça foi estabelecida como o principal órgão jurisdicional das Nações Unidas, e seu Estatuto é a parte integrante da Carta das Nações Unidas. Sendo assim, todos os membros das Nações Unidas, ou seja, todos os membros da ONU são assinantes do Estatuto. E mais, como destaca Rosenne, de acordo com os arts. 36 (5) e 37, à CIJ foi conferida jurisdição contenciosa da CPJI que estava em vigor no momento de sua dissolução em 1946⁶⁰.

1.2.1 Da Competência Consultiva

Deve-se mencionar que, em conjunto com a função contenciosa, a Corte Permanente de Justiça Internacional adquiriu a competência consultiva que, posteriormente, se manteve no âmbito da Corte Internacional de Justiça. Antes de ser criada no âmbito internacional, o que foi uma grande novidade, a função consultiva teve emprego em nível nacional⁶¹. Como ressalta Mahasen M. Aljaghoub, na prática da CPJI, ela se mostrou diferente do que ocorria no âmbito interno dos países⁶². Uma importante observação acerca do propósito da jurisdição consultiva é realizada por Rosenne, que destaca que a opinião consultiva não deve incidir sobre a solução de conflito entre dois ou mais Estados, mas deve ser “um pronunciamento legal para orientação do órgão solicitante”⁶³. O parecer consultivo fornece mecanismo de uma declaração sobre a lei com efeito *erga omnes*⁶⁴, posto que não se vincula às partes determinadas em um litígio, como no caso contencioso. Do ponto de vista da teoria jurídica, não existe uma diferença muito bem delimitada entre a decisão judicial proferida

⁵⁹ ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 79-80.

⁶⁰ ROSENNE, Shabtai. *The Perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 80.

⁶¹ ALJAGHOUB, Mahasen M. *The advisory function of the International Court of Justice 1946-2005*. Berlin Heidelberg: Springer, 2006. p. 14.

⁶² ALJAGHOUB, Mahasen M. *The advisory function of the International Court of Justice 1946-2005*. Berlin Heidelberg: Springer, 2006. p. 15.

⁶³ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 97.

⁶⁴ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 97.

para um caso contencioso e outra oferecida via parecer consultivo; portanto, como afirma Rosenne, “*the real criterion is whether the judicial pronouncement was made after established judicial procedures allowing for adversarial argument, procedural parity and a collegiate decision*”⁶⁵.

No art. 14⁶⁶ do Pacto da Liga das Nações, foi previsto que a Corte Permanente de Justiça Internacional emitirá opiniões/pareceres consultivos sobre questões e disputas suscitadas pelo Conselho e pela Assembleia. No Regulamento da Corte (*Rules of Court*), adotado em 24 de março de 1922, a previsão da jurisdição consultiva encontra-se prevista nos arts. 71, 72, 73 e 74⁶⁷. As deliberações, conforme o art. 71, deveriam acontecer na presença de todos os juízes. Esse Regulamento foi revisado em 1926⁶⁸ e, segundo Mahasen M. Aljaghoub, as distinções entre as regras procedimentais da jurisdição consultiva e da jurisdição contenciosa foram eliminadas⁶⁹. O art. 71 passou a prever que a opinião consultiva deveria ser dada após a deliberação por todos os membros da Corte, e que se devia mencionar o número de juízes que constituem a maioria. Em 1927, foi incluído mais um parágrafo ao art. 71 do Regulamento da Corte (*Rules of Court*), de modo que passou a possibilitar a participação de juízes *ad hoc* nas deliberações das opiniões consultivas, isso quando a opinião consultiva tratar de uma disputa entre os membros da Liga das Nações ou entre os Estados. O art. 31 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional foi aplicado aos

⁶⁵ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 97.

⁶⁶ Pacto da Liga das Nações: “*Article 14. The Council shall formulate and submit to the Members of the League for adoption plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice. The Court shall be competent to hear and determine any dispute of an international character which the parties thereto submit to it. The Court may also give an advisory opinion upon any dispute or question referred to it by the Council or by the Assembly*” (Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp>. Acesso em: 15 set. 2017).

⁶⁷ Corte Permanente de Justiça Internacional. Regulamento da Corte de 24 de março de 1922. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁶⁸ Corte Permanente de Justiça Internacional. Estatuto e Regulamento da Corte (revisado) de 31 de julho de 1926. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_1e_edition.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁶⁹ ALJAGHOUB, Mahasen M. *The advisory function of the International Court of Justice 1946-2005*. Berlin Heidelberg: Springer, 2006. p. 21.

casos de jurisdição contenciosa. A partir dessa previsão, passou a ser aplicado às opiniões consultivas⁷⁰.

Vale mencionar que, no âmbito da CIJ, como explica Celso D. de Albuquerque Mello, caso o parecer consultivo solicitado trate de um conflito entre dois Estados, a Corte deverá aplicar os dispositivos do art. 31 do seu Estatuto, que prevê a inclusão de juízes *ad hoc*, que funcionarão como juízes somente para o caso em questão⁷¹. Essa previsão encontra-se no art. 102.3 do Regulamento da CIJ (*Rules of Court*)⁷².

As emendas do Estatuto de 1929, que entraram em vigor somente em fevereiro de 1936, trouxeram quatro artigos (65-68)⁷³ que tratavam da jurisdição consultiva. Antes da existência dessas emendas, não havia a previsão de jurisdição consultiva no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Até então, o que legitimava a posse de competência consultiva era o art. 14 do Pacto da Liga

⁷⁰ Regulamento da Corte (*Rules of Court*). Heading 2. Advisory Procedure. “Article 71. Advisory opinions shall be given after deliberation by the full Court. They shall mention the number of the judges constituting the majority. On a question relating to an existing dispute between two or more States or Members of the League of Nations, Article 31 of the Statute shall apply. In case of doubt the court shall decide. Dissenting judges may, if they so desire, attach to the opinion of the Court either an exposition of their individual opinion or the statement of their dissent”. Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. “Article 31. Judges of the nationality of each of the contesting parties shall retain their right to sit in the case before the Court. If the Court includes upon the Bench a judge of the nationality of one of the parties only, the other party may select from among the deputy-judges of its nationality, if there be one. If there should not be one, the party may choose a judge, preferably from among those persons who have been nominated as candidates as provided in Articles 4 and 5. If the Court includes upon the Bench no judge of the nationality of the contesting parties, each of these may proceed to select or choose a judge as provided in the preceding to select or choose a judge as provided in the preceding paragraph. Should there be several parties in the same interest, they shall, for the purpose of the proceeding, be reckoned as one party only. Any doubt upon this point is settled by the decisions of the Court. Judges selected or chosen as laid down in paragraph 2 and 3 of this article shall fulfil the conditions required by Articles 2, 16, 17, 20, 24 of this Statute. They shall take part in the decisions on an equal footing with their colleagues” (Corte Permanente de Justiça Internacional. Estatuto e Regulamento da Corte com as modificações até 21 de fevereiro de 1931. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_2e_edition.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017).

⁷¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004. p. 688.

⁷² Regulamento da Corte (*Rules of Court*). “Article 102. 3. When an advisory opinion is requested upon a legal question actually pending between two or more States, Article 31 of the Statute shall apply, as also the provisions of these Rules concerning the application of that Article” (Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/rules>>. Acesso em: 8 nov. 2017).

⁷³ Corte Permanente de Justiça Internacional. Estatuto e Regulamento da Corte revisados. Series D., n. 1, 4. ed., abr. 1940. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/pcij-series-d>>. Acesso em: 15 set. 2017.

das Nações⁷⁴. Ressalte-se que, no art. 68⁷⁵, foi previsto um dispositivo novo que trata da possibilidade de aplicação das previsões da competência contenciosa para os casos da jurisdição consultiva.

É importante mencionar também que, em 1936, adicionou-se o art. 82⁷⁶ ao Regulamento da Corte (*Rules of Court*). O artigo previa a mesma normativa do disposto no art. 68 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Os arts. 82-85 regulavam os procedimentos aplicados ao oferecimento da opinião consultiva. Mesmo antes da inclusão dessa previsão no Estatuto, já se entendia pela possibilidade do oferecimento de opiniões consultivas, o que aconteceu com sua revisão em 1929; em realidade, a Corte ofereceu 16 pareceres consultivos aplicando as regras previstas no Regulamento da Corte (*Rules of Court*) de 1922⁷⁷. O primeiro pronunciamento da Corte Permanente de Justiça Internacional foi uma opinião consultiva, datada de 31 de julho de 1922⁷⁸. Na época de sua prolatação, a instituição da competência consultiva da Corte Permanente de Justiça Internacional não estava pacificada e era bastante controversa, posto que alguns especialistas do direito internacional entendiam que tal função não podia

⁷⁴ ALJAGHOUB, Mahasen M. *The advisory function of the International Court of Justice 1946-2005*. Berlin Heidelberg: Springer, 2006. p. 21.

⁷⁵ Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Article 68. In the exercise of its advisory functions, the Court shall further be guided by the provisions of the Statute which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable. In: Corte Permanente de Justiça Internacional. Estatuto e Regulamento da Corte revisados. Series D., n. 1, 4. ed., abr. 1940. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_4e_edition.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017.

⁷⁶ Regulamento da Corte (*Rules of Court*). "Article 82. In proceedings in regard to advisory opinions, the Court shall, in addition to the provisions of Chapter IV of the Statute of the Court, apply the provisions of the articles hereinafter set out. It shall also be guided by the provisions of the present Rules which apply in contentious cases to the extent to which it recognizes them to be applicable, according as the advisory opinion for which the Court is asked relates, in the terms of Article 14 of the Covenant of the League of Nations, to a 'dispute' or to a 'question'" (Corte Permanente de Justiça Internacional. Estatuto e Regulamento da Corte. Series D., n. 1, 4. ed., abr. 1940. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_01_4e_edition.pdf>. Acesso em: 5 out. 2017).

⁷⁷ ODA, Shigeru. *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 244: 9-190. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1993. p. 89.

⁷⁸ Corte Permanente de Justiça Internacional. Opinião Consultiva B01. "Designation of the Workers' Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference". Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_01/Designation_du_delegue_ouvrier_neerlandais_a_la_Conference_internationale_du_travail_Avis_consultatif.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

ser exercida pela Corte⁷⁹. Contudo, na prática do CPJI, terminou por demonstrar a utilidade de tais pareceres⁸⁰ e, mais, passou a haver relevância e efetividade na prolação de tais opiniões consultivas, mesmo não possuindo força vinculante.

Somente o Conselho e a Assembleia possuíam competência para requisitar opinião consultiva. Nenhuma Organização Internacional podia solicitar a emissão dos pareceres consultivos, diferentemente do que pode ser observado na atualidade. Na prática, no entanto, todas as opiniões consultivas foram requisitadas pelo Conselho da Liga das Nações durante o período do funcionamento da Corte Permanente de Justiça Internacional⁸¹.

Ressalte-se que, atualmente, até outubro de 2017, a Assembleia Geral da ONU requisitou um total de 16 opiniões consultivas, enquanto que somente um parecer foi requisitado pelo Conselho de Segurança. Outros casos de requisição de pareceres consultivos precisam de autorização da Assembleia Geral, nos termos do art. 96(2), e advieram do Conselho Econômico e Social (dois pareceres), da Organização Marítima Internacional (um parecer), da Organização Mundial de Saúde (dois pareceres), da Unesco (um parecer) e do Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (um parecer)⁸².

Oda Shigeru classifica em três categorias as opiniões consultivas oferecidas pela Corte Permanente de Justiça Internacional: 1) questões legais relativas às organizações internacionais; 2) questões legais gerais; e 3) resolução de litígios entre os Estados-membros⁸³. O autor ressalta que, mesmo antes da revisão do Regulamento da Corte (*Rules of Court*) em 1926, no caso de resolução de disputas entre os Estados, a Corte entendia pela necessidade de sessões públicas, nas quais ambas as partes da disputa podiam apresentar argumentos de forma oral⁸⁴. As decisões oferecidas pela CIJ em seus pareceres consultivos não foram

⁷⁹ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 80.

⁸⁰ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 95-96.

⁸¹ ODA, Shigeru. *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 244: 9-190. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1993. p. 89.

⁸² Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized>>. Acesso em: 25 set. 2017.

⁸³ ODA, Shigeru. *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 244: 9-190. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1993. p. 90.

⁸⁴ ODA, Shigeru. *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 244: 9-190. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1993. p. 91.

de natureza uniforme, portanto, podem ser separadas em cinco categorias: 1) questões processuais de organizações internacionais e questões legais que surgiram no âmbito das atividades realizadas pelas organizações internacionais; 2) consulta sobre questões jurídicas gerais; 3) revisão de julgamentos do Tribunal Administrativo das Nações Unidas; 4) resolução de litígios entre os Estados; 5) questões legais entre os Estados e as organizações internacionais⁸⁵.

Uma única vez a Corte Permanente recusou-se a oferecer a opinião consultiva requisitada, o que se deu no Caso Carélia Oriental (*Status of Eastern Carelia*). A Corte expressou que não foi requisitada para solucionar a disputa entre a Rússia e a Finlândia, mas, sim, a oferecer opinião consultiva. Para a Corte, proferir uma opinião consultiva sobre esse caso, mais especificamente sobre a interpretação do Tratado de Dorpat, de 1920, que reconhecia a autonomia da Carélia Oriental, seria equivalente a proferir uma decisão à disputa existente entre as partes. Como o governo russo não era membro da Liga das Nações e ofereceu objeções à possibilidade de a Corte Permanente de Justiça Internacional oferecer sua opinião consultiva, a Corte se declarou incompetente para proferir seu parecer sobre a disputa entre esses dois Estados. Nesse sentido, entendeu-se que seria necessário o consentimento de ambas as partes⁸⁶.

Por sua vez, atualmente, não mais se necessita do consentimento do Estado para que a Corte Internacional de Justiça possa emitir um parecer consultivo, tal como ocorrido na questão sobre as Consequências Jurídicas de Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*). Nesse caso, o parecer foi requisitado no dia 8 de dezembro de 2003 e, no dia 9 de julho de 2004, foi apresentado, momento em que a Corte destacou, de forma bastante clara, que não se exige o consentimento quando se trata de procedimento consultivo e não contencioso⁸⁷. Nesse sentido, no âmbito da Corte Internacional de Justiça,

⁸⁵ ODA, Shigeru. *The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 244: 9-190. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1993. p. 96.

⁸⁶ Corte Permanente de Justiça Internacional. Opinião Consultiva B05. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_05/Statut_de_la_Carelie_orientale_Avis_consultatif.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

⁸⁷ “The first argument presented to the Court in this regard is to the effect that it should not exercise its jurisdiction in the present case because the request concerns a contentious matter between Israel and Palestine, in respect of which Israel has not consented to the exercise of that jurisdiction. According to this view, the subject-matter of the question posed by the General Assembly ‘is an integral part of the wider Israeli-Palestinian dispute concerning questions of terrorism, security, borders, settlements, Jerusalem and other related matters’. The

há o entendimento de que o fato de existir uma objeção por parte de um dos Estados não impede a Corte de analisar a questão e, principalmente, de oferecer sua opinião. Apesar de não haver força vinculante, a expressão do pensamento da Corte no parecer mostra sua visão sobre o caso. O mais interessante no caso sobre as Consequências Jurídicas de Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado é que a Suprema Corte de Israel, simultaneamente, estava discutindo a questão.

A Corte Internacional de Justiça, portanto, funciona também como um órgão consultivo. Sua competência baseia-se na experiência de seu precursor, a CPJI⁸⁸, tanto que, de acordo com a previsão expressa do art. 92 da Carta das Nações Unidas, o Estatuto da Corte “[...] é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional [...]”. A competência consultiva está prevista no art. 96⁸⁹ da Carta das Nações Unidas e no art. 65 do Estatuto da CIJ⁹⁰. Com base na Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral (art. 96(1)) continuam tendo essa competência e podem solicitar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica à Corte Internacional de Justiça. No entanto, há outros três órgãos da ONU, além de organismos e agências especializadas do sistema das Nações Unidas, que possuem tal competência. Contudo, esses organismos e essas agências somente podem requisitar parecer consultivo após obterem

Court observes in this respect that the lack of consent to the Court's contentious jurisdiction by interested States has no bearing on the Court's jurisdiction to give an advisory opinion, but recalls its jurisprudence to the effect that the lack of consent of an interested State might render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court's judicial character, e.g. if to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to submit its disputes to judicial settlement without its consent.” (Corte Internacional de Justiça. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Request for Advisory Opinion)*. summary of the Advisory Opinion of 9 July 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/case/131/summaries>>. Acesso em: 19 out. 2017)

⁸⁸ ALJAGHOUB, Mahasen M. *The advisory function of the International Court of Justice 1946-2005*. Berlin Heidelberg: Springer, 2006. p. 28.

⁸⁹ Carta das Nações Unidas. “Art. 96. 1. A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica. 2. Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades”.

⁹⁰ Estatuto da Corte Internacional de Justiça. “Art. 65. A Corte poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta nas Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido. As questões sobre as quais for pedido o parecer consultivo da Corte serão a ela submetidas por meio de petição escrita, que deverá conter uma exposição do assunto sobre o qual é solicitado o parecer e será acompanhada de todos os documentos que possam elucidar a questão”.

autorização da Assembleia Geral (art. 96(2))⁹¹. Por outro lado, esses três órgãos e essas organizações e agências especializadas podem solicitar a emissão de parecer somente sobre questões jurídicas que surjam dentro de suas esferas de atuação. Importa registrar que a Corte Internacional possui discricionariedade para não oferecer sua opinião consultiva, conforme art. 65, parágrafo I, do Estatuto da CIJ.

Uma das grandes diferenças entre a opinião consultiva no âmbito da Corte Permanente e da Corte Internacional de Justiça, segundo Rosenne, é o fato de que a regra de unanimidade que estava em vigor na Corte Permanente⁹² foi substituída pela regra da maioria simples na Assembleia Geral⁹³ e maioria

⁹¹ Os seguintes três órgãos podem solicitar pareceres consultivos com a autorização da Assembleia Geral: Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Comissão Provisória da Assembleia Geral. Os seguintes organismos e agências especializadas do sistema das Nações Unidas podem solicitar pareceres consultivos após a autorização da Assembleia Geral: Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização para Agricultura e Alimentação (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco), Organização Mundial de Saúde (OMS), Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (Banco Mundial) (BIRD), Corporação Financeira Internacional (IFC), Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), União Internacional de Telecomunicações (UIT), Organização Meteorológica Mundial (OMM), Organização Marítima Internacional (IMO), Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA), Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA). (Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized>>. Acesso em: 4 set. 2017)

⁹² De acordo com o art. 5, parágrafo primeiro do Pacto da Liga das Nações, aplicava-se a regra de unanimidade para a solicitação da opinião consultiva. Carta da Liga das Nações. “Article 5. Except where otherwise expressly provided in this Covenant or by the terms of the present Treaty, decisions at any meeting of the Assembly or of the Council shall require the agreement of all the Members of the League represented at the meeting”.

⁹³ De acordo com a previsão no art. 18 da Carta das Nações Unidas e com base nas Regras Procedimentais da Assembleia Geral da ONU (*Rules of Procedure*), mais especificamente, de acordo com as previsões das regras 83 a 85, para requisitar a opinião consultiva, a Assembleia Geral precisa que a maioria simples esteja de acordo, pois não se elencou como questão importante a requisição de uma opinião consultiva. Carta das Nações Unidas. “Art. 18. 1. Cada Membro da Assembleia Geral terá um voto. 2. As decisões da Assembleia Geral, em questões importantes, serão tomadas por maioria de dois terços dos Membros presentes e votantes. Essas questões compreenderão: recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais; à eleição dos Membros não permanentes do Conselho de Segurança; à eleição dos Membros do Conselho Econômico e Social; à eleição dos Membros dos Conselho de Tutela, de acordo como parágrafo 1 (c) do art. 86; à admissão de novos Membros das Nações Unidas; à suspensão dos direitos e privilégios de Membros; à expulsão dos Membros; questões referentes o funcionamento do sistema de tutela e questões orçamentárias”. Regras Procedimentais (*Rules of Procedure*). “Rule 83. Decisions of the General Assembly on important questions shall be made by a two-thirds majority of the members present and voting. These questions shall include: recommendations with respect to the maintenance of international peace and security, the election of the non-permanent members of

qualificada dentro do Conselho de Segurança, com a opinião a favor de todos os membros permanentes, conforme o art. 27.3 da Carta das Nações Unidas⁹⁴. Essa diferença permite que Assembleia Geral solicite pareceres consultivos, ainda quando haja uma forte oposição, o que, conseqüentemente, em alguns casos, vem provocando fortes oposições no acatamento de tais orientações⁹⁵. Outra diferença, que deve ser mencionada, refere-se à previsão expressa dos arts. 14 do Pacto da Liga das Nações e 96 da Carta das Nações Unidas, posto que, de acordo com o art. 14 do Estatuto da Liga das Nações, o Conselho e a Assembleia podem solicitar parecer consultivo sobre “qualquer disputa ou questão” (“*any dispute ou question*”), enquanto que o art. 96 da Carta das Nações Unidas permite sobre “qualquer questão de ordem jurídica” (“*any legal question*”).

A CIJ, diferentemente da CPJI em relação à Liga das Nações, tornou-se o principal órgão jurisdicional da ONU. A opinião consultiva representa uma forma de decisão judicial especial que não possui caráter normativo vinculativo⁹⁶. No entanto, em termos práticos, existe uma grande possibilidade de o parecer vir a ser cumprido⁹⁷, uma vez que representa o entendimento da Corte sobre o tema específico. Os Estados e as organizações internacionais podem, antecipadamente, acordar sobre o efeito vinculativo da opinião consultiva

the Security Council, the election of the members of the Economic and Social Council, the election of members of the Trusteeship Council in accordance with paragraph 1^c of Article 86 of the Charter, the admission of new Members to the United Nations, the suspension of the rights and privileges of membership, the expulsion of Members, questions relating to the operation of the trusteeship system, and budgetary questions. Rule 84. Decisions of the General Assembly on amendments to proposals relating to important questions, and on parts of such proposals put to the vote separately, shall be made by a two-thirds majority of the members present and voting. Rule 85. Decisions of the General Assembly on questions other than those provided for in rule 83, including the determination of additional categories of questions to be decided by a two-thirds majority, shall be made by a majority of the members present and voting. Meaning of the phrase ‘members present and voting’.

⁹⁴ O Conselho de Segurança, para requisitar a opinião consultiva, precisa de maioria qualificada, conforme o art. 27. 2 da Carta da ONU. Carta das Nações Unidas. “Art. 27. 1. Cada membro do Conselho de Segurança terá um voto. 2. As decisões do conselho de Segurança, em questões processuais, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove Membros. 3. As decisões do Conselho de Segurança, em todos os outros assuntos, serão tomadas pelo voto afirmativo de nove membros, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes, ficando estabelecido que, nas decisões previstas no Capítulo VI e no parágrafo 3 do art. 52, aquele que for parte em uma controvérsia se absterá de votar”.

⁹⁵ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 96.

⁹⁶ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 64.

⁹⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004. p. 688.

e, portanto, sobre a obrigatoriedade do seu cumprimento⁹⁸. Deve-se ressaltar que, caso a CIJ funcione como órgão de segunda instância quando do exame de pedidos de revisão das decisões administrativas (da validade dessas decisões) do Tribunal Administrativo da ONU e do Tribunal Administrativo da OIT, seus pareceres serão obrigatórios, como explica Celso D. de Albuquerque Mello⁹⁹.

A fundação da Corte Permanente de Justiça Internacional representou um grande passo para a realização do objetivo de se fundar um tribunal de justiça baseado no Direito, em seu sentido mais completo, como reconhece Nagendra Singh¹⁰⁰, já que foi a primeira Corte verdadeiramente internacional, posto que seus juízes foram representantes de diferentes Estados e, conseqüentemente, de diferentes culturas jurídicas. Entre 1922 e 1940, foram dadas decisões para 29 questões contenciosas e emitidos 27 pareceres consultivos. O funcionamento da Corte foi interrompido durante o período de 1940-1945.

No entanto, durante a Conferência de São Francisco, deliberou-se por criar uma outra Corte, que foi pensada para ser o órgão jurisdicional supremo da Organização das Nações Unidas. A Liga das Nações, praticamente, deixou de existir e a Corte Permanente de Justiça Internacional foi associada ao regime antigo, que deixava de fora os países que não eram da Europa¹⁰¹. Várias questões foram levantadas durante a Conferência de São Francisco. Uma delas tratou do fato de que os Estados Unidos da América, e os países da União Soviética não reconheciam a jurisdição da CPJI, sendo que alguns países que a reconheciam não estiveram presentes em São Francisco¹⁰². Na última sessão da CPJI, decidiu-se repassar todos os seus arquivos e sua propriedade à Corte Internacional de Justiça, cuja sede continuou em Haia, nos Países Baixos¹⁰³. Em abril de 1946, a CPJI deixou de existir e aconteceu a primeira sessão da CIJ, cujos membros foram escolhidos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança da ONU,

⁹⁸ ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of Modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004. p. 64.

⁹⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004. p. 688.

¹⁰⁰ SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. p. 8.

¹⁰¹ International Court of Justice. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/history>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁰² International Court of Justice. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/history>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁰³ International Court of Justice. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/pcij>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

em fevereiro de 1946. O primeiro presidente da Corte Internacional de Justiça foi o último presidente da Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁰⁴, o que demonstra uma inegável continuidade dos trabalhos desenvolvidos pela CPJI, isso sem mencionar que o Estatuto da CPJI e as *Rules of Court* (Regulamento da Corte) serviram como base para o Estatuto da CIJ e para as *Rules of Court* (Regulamento da Corte) que reproduziram vários seus artigos de forma literal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) representa o principal órgão jurisdicional da ONU, e seus antecessores foram o Tribunal Permanente de Arbitragem (TPA), com criação prevista durante a Primeira Conferência de Haia, ou Conferência da Paz, pela Convenção para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais, em 1899, e a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), com criação prevista no Pacto da Liga das Nações, em 1919. A Corte Permanente pode ser chamada ainda de precursora da CIJ, uma vez que seu modelo e seus documentos normativos serviram de base para a elaboração do Estatuto e das Regras Procedimentais da CIJ. Apesar de seus méritos, há, ainda, um caminho de afirmação a ser trilhado. Esse avanço está intimamente ligado ao fortalecimento da jurisdição consultiva. Os desafios estão postos. Trata-se de uma longa jornada, mas, felizmente, sem retornos.

REFERÊNCIAS

ALJAGHOUB, Mahasen M. *The advisory function of the International Court of Justice 1946-2005*. Berlin. Heidelberg: Springer, 2006.

BAKER, Betsy. *Hague Peace Conferences (1899 and 1907)*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e305>>. Acesso em: 2 set. 2017.

CASSESE, Antonio. States: Rise and decline of the primary subjects of the International Community. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FASSBENDER, Bardo. Article 9. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karina; TAMS, Christian J. (Org.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta. O Direito Internacional e os meios tradicionais de solução de controvérsias: entre os interesses econômicos e

¹⁰⁴ International Court of Justice. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/en/pci>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

- fundamentais do Estado. *Iniciação Científica Cesumar*, v. 16, n. 1, p. 29-40, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/iccesumar/article/view/3337>>. Acesso em: 24 set. 2017.
- GUGGENHEIM, Paul. *Contribution a L'Histoire des Sources du Droit des Gens*. Collected Courses. Haia: The Hague Academy of International Law, v. 94, 1958.
- HERNANDEZ, Gleider. *The International Court of Justice and the Judicial Function*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HUDSON, Manley O. The Permanent Court of International Justice. In: *Harvard Law Review*, v. 35, n. 3, p. 245-275, jan. 1922. Harvard: The Harvard Law Review Association, 1922.
- LOCK, Tobias. *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- LYNCH, Cecelia. Peace movements, civil society, and the development of International Law. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (Org.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 423-442, 2016.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004.
- ODA, Shigeru. The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993). *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 244: 9-190, 1993.
- PELLET, Alan. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karina; TAMS, Christian J. (Org.). *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ROSENNE, Shabtai. *The perplexities of modern International Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- SINGH, Nagendra. *The role and record of the International Court of Justice*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- WALLACE-BRUCE, Nii Lante. *The Settlement of International Disputes: the contribution of Australia and New Zealand*. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

Submissão em: 24.01.2018

Avaliado em: 20.08.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 06 out. 2020 (Avaliador B)

Aceito em: 06 out. 2020

CAPACIDADE E PROCESSO: OS REFLEXOS PROCESSUAIS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A AÇÃO DE ESTABELECIMENTO DE CURATELA

CAPACITY AND PROCESS: PROCEDURAL REFLECTIONS OF THE DISABILITIES PERSONS ACT AND THE ACTION FOR SETTING TRUSTEESHIP

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado
(UniBrasil, Curitiba/PR, Brasil)

Aletya Dahana Rollwagen²

Técnica Judiciária da Justiça Federal – Seção Judiciária do Paraná (JFPR,
Pitanga/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito civil.

RESUMO: O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil foram publicados no mesmo ano (2015) e apresentam alguns pontos de conflito, especialmente no que se refere ao processo de interdição. Além disso, diante das modificações operadas no regime das incapacidades, o Estatuto também influi em aspectos processuais,

especialmente no que se refere a determinados atos e procedimentos cuja utilização é restrita às pessoas capazes. Contudo, o conflito de normas existente não pode ser resolvido meramente por critérios cronológicos, uma vez que o Estatuto da Pessoa com Deficiência possui embasamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual possui

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao PPGD da UFPR. Professora de Direito Civil da Graduação da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba/PR – Brasil. *E-mail:* rosalice@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1422840891828940>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6502-2345>.

² Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia no Programa de Mestrado Interinstitucional UniBrasil-Uniguaçu. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Vale do Iguaçu – Uniguaçu (2018). *E-mail:* aletya.rollwagen@outlook.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9585506135035157>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5252-5576>.

status de emenda constitucional. Diante disso, tanto as normas materiais quanto as processuais devem ser lidas sob a ótica da Convenção Internacional, a qual preza pela garantia dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Sob essa perspectiva, ainda que o Código de Processo Civil tenha revogado formalmente as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil no tocante ao estabelecimento da curatela, alguns aspectos devem permanecer sendo aplicados, por promoverem um rito mais humano e adequado de acordo com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Por meio do método dedutivo e do procedimento monográfico, utilizando-se da pesquisa documental bibliográfica, investigaram-se os reflexos processuais da Lei nº 13.146/2015. Como resultado, é sugerida a substituição do processo de interdição pela ação de estabelecimento de curatela, de forma a adequar a legislação processual aos princípios do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT: *The Disabilities Persons Act and the Civil Procedure Code were both published in the same year (2015) and present some points of conflict, especially regarding the legal process of interdiction. In addition, in view of changes in the disability legal frames, the Act also impact on procedural aspects, especially with regard to certain acts and procedures whose application is restricted to legally capable persons. However, the existing conflict of rules cannot be resolved merely by chronological criteria, since the Disabilities Persons Act is based on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), which has constitutional amendment status. Therefore, both material and procedural rules must be read from the perspective of the CRPD, which upholds the fundamental rights of persons with disabilities. From this perspective, even though the Civil Procedure Code has formally repealed the amendments made by Disabilities Persons Act the in the Civil Code regarding the setting legal trusteeship, some aspects should remain applicable, as they promote a more humane and adequate rite according to the systemic interpretation of the legal system. By means of the deductive method and the bibliography research method, the procedural impacts of Law nº 13.146/2015 were investigated. As a result, it is suggested that the interdiction process by means of trusteeship measures fit the legal procedures to the Disabilities Persons Act.*

PALAVRAS-CHAVE: interdição; curatela; pessoa com deficiência; direitos fundamentais.

KEYWORDS: *interdiction; trusteeship; persons with disabilities; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A (in)capacidade e o devido processo legal; 2 Estatuto da Pessoa com Deficiência: capacidade, curatela e tomada de decisão apoiada; 3 Os reflexos processuais do Estatuto da Pessoa com Deficiência; 4 Do processo de interdição à ação de estabelecimento de curatela; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 (in) capacity and Due Process Law; 2 The Disabilities Persons Act: capacity, trustee and supported decision making; 3 The procedural reflections of the Disabilities Persons Act; 4 From the interdiction process to the action for setting trusteeship; Final considerations; References.

INTRODUÇÃO

A dignidade e a garantia dos direitos das pessoas com deficiência é um tema já bastante discutido em razão da proteção e do ideal de inclusão presentes na Constituição da República de 1988 e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Mas duas normas relativamente recentes ensejaram o aumento das discussões doutrinárias a respeito desse tema: o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil.

Um dos aspectos que mais gerou questionamentos a respeito do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi a profunda alteração no regime das incapacidades, a partir da desvinculação entre deficiência e incapacidade. Além disso, o Estatuto modificou o Código Civil em diversos artigos que tratavam da fixação da curatela, adequando a previsão legislativa nacional aos comandos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ocorre que o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil, atualmente vigente, tiveram tramitação simultânea no Congresso Nacional, de forma que a nova lei processual foi aprovada e publicada em data anterior, mas entrou em vigor em data posterior à Lei nº 13.145/2015.

Como decorrência dessa tramitação simultânea, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu a alteração de artigos do Código Civil que já haviam sido revogados pelo Código de Processo Civil, mas que ainda não entrara em vigor. Ademais, as alterações acerca da capacidade das pessoas com deficiência também influenciaram alguns aspectos processuais, como a validade processual, a citação, a possibilidade de ser testemunha, a validade de acordos processuais e a adoção de determinados procedimentos ou atos.

Entre esses reflexos, a restauração do termo “interdição” pela nova lei processual suscitou a estranheza dos juristas mais atentos. Enquanto alguns a rechaçam por ostentar o “posto de mais grave sanção punitiva do Direito brasileiro” (Rosenvald, 2015, p. 783), outros consideram que se trata de mera adequação nominal, sendo mais correto designá-la como “ação de estabelecimento

de curatela”. Entretanto, mais do que uma antinomia operada entre a Lei nº 13.146/2015 e o novo estatuto processual, revela-se uma contradição valorativa entre os direitos humanos e fundamentais da pessoa com deficiência, que tem seu fundo na Convenção e no Estatuto, e o devido processo legal.

Diante disso, o presente artigo propõe uma análise das principais alterações que envolvem o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil, com enfoque no instituto da curatela e no procedimento de interdição, assim como pretende esclarecer alguns reflexos que a capacidade ou incapacidade pode gerar no âmbito processual, sem esgotar a discussão sobre essas questões, diante da sua complexidade e atualidade do tema.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo e do procedimento de pesquisa monográfico, por meio da pesquisa documental bibliográfica. Seguindo essa perspectiva metodológica, o plano de trabalho foi dividido em duas partes: a primeira, que trata do regime das incapacidades diante do devido processo legal e das alterações promovidas pela Convenção de Nova Iorque e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo mais notável a curatela. E a segunda, que trata dos reflexos processuais da Lei nº 13.146/2015 para, posteriormente, se concentrar no procedimento de interdição, e sua compatibilidade com o direito fundamental à capacidade da pessoa com deficiência.

1 A (IN)CAPACIDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Antes de analisar as mudanças operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil, é preciso considerar que o impacto que as normas processuais produzem na inclusão ou exclusão de pessoas com deficiência é algo que já era discutido pela doutrina e jurisprudência por meio da interpretação dos institutos da curatela e interdição com base na Constituição da República de 1988 (Abreu, 2020, p. 612).

A incapacidade constitui restrição legal para a prática dos atos da vida civil, com o objetivo de proteger o indivíduo que se enquadre em situações consideradas como ensejadoras da incapacidade. Enquanto a tutela se destina aos “filhos menores” cujos pais tenham falecido, sido julgados ausentes ou privados do poder familiar, a curatela alcança, como regra, pessoas maiores – embora possa ser instituída em relação aos maiores de 16 anos (relativamente incapazes) que necessitem de maior proteção (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 4).

Inicialmente, cabe ressaltar que, como a incapacidade representa uma restrição à plena liberdade dos cidadãos, ao limitar a capacidade de exercício de direitos, sua imposição exige o respeito ao devido processo legal, por força do inciso LIV do art. 5º da Constituição da República (Brasil, 1988). Nesse aspecto, a interdição é o meio processual de definição da curatela (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 14). Por outras palavras, “o ato pelo qual o juiz declara a incapacidade real e efetiva de pessoa maior, para a prática de certos atos da vida civil e para a regência de si mesma e de seus bens” (Sarmiento *apud* Fachin, 1999, p. 260-261).

Assim, interdição e curatela não se confundem. A curatela é um *múnus* público, um encargo que a lei confere a alguém para reger a pessoa e administrar seus bens, aplicável a maiores de 18 anos que não possam fazê-lo por si mesmos (Bevilaqua *apud* Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 7). A interdição, por sua vez, é o ato em que o juiz reconhece a incapacidade e retira a administração e livre disposição dos bens da pessoa (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 7).

Segundo Célia Barbosa Abreu (2020, p. 613), mesmo antes das alterações legislativas analisadas no presente artigo, a doutrina já começara a defender a aplicação da curatela parcial, cujos limites deveriam ser fixados pela decisão de interdição, e uma teoria da flexibilização para a curatela para casos não expressamente previstos pelo legislador civil. Essa nova concepção aparece como decorrência da constatação de que, apesar da condição enfrentada pela pessoa com deficiência, ela poderia exercer uma parcela da própria autonomia e vontade, o que era dificultado pelo tratamento excessivamente paternalista que as normas civis e processuais estabeleciam (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 2).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada com *status* de emenda constitucional, por força do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição da República de 1988, ensejou novos estudos sobre a interdição e a curatela sob a ótica do modelo social de compreensão da deficiência (Abreu, 2020, p. 614).

Para o modelo social, a deficiência não tem origem científica ou médica, mas sim social, pois as limitações individuais não geram o problema, e sim as limitações da sociedade, sua incapacidade de prestar serviços adequados e assegurar que as necessidades das pessoas com deficiência sejam devidamente consideradas. Como consequência, as soluções não devem ser dirigidas apenas à pessoa (busca pela reabilitação ou “normalização”), mas também à forma como é pensada e desenhada a sociedade (Palacios; Romañach, 2006, p. 48-49).

Célia Barbosa Abreu (2020, p. 615) constata que no Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência não há referência a normas internacionais que tratam das pessoas com transtornos mentais e, a partir disso, questiona se a Convenção efetivamente tinha o objetivo de proteger essas pessoas.

O art. 12 da Convenção merece destaque para o propósito do presente artigo, por prever a igual capacidade legal para todos os aspectos da vida. Esse artigo, em conjunto com a previsão do art. 4º, que obriga os Estados a adotarem medidas para assegurar os direitos previstos na Convenção, demanda uma nova postura, mais humana, frente aos pedidos de interdição (Abreu, 2020, p. 618).

Nesse sentido, a Convenção representou uma mudança paradigmática no tratamento da deficiência e provocou impacto nos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados-partes em diferentes ramos, exigindo modificações nas legislações próprias. O Direito Internacional e, principalmente, a Convenção em comento passaram a tratar o tema da capacidade como uma questão de direitos humanos, por ser condição para o exercício de direitos em igualdade de condições, superando a concepção tradicional que tratava a capacidade como uma questão meramente técnica (Gómez, 2011, p. 223-224).

A capacidade inclui tanto a aptidão para ser titular de direitos quanto para atuar. Ela divide-se, portanto, em um “elemento estático”, correspondente à capacidade de direito ou capacidade jurídica, que diz respeito à aptidão para titularizar posições em situações subjetivas e é inerente ao reconhecimento perante a lei como pessoa (personalidade); e um “elemento dinâmico”, referente à capacidade de fato, de agir, a qual permite a prática autônoma de atos da vida civil e baseia-se na compreensão e responsabilização, admitindo limitações decorrentes de condições que impeçam a livre, consciente e responsável autodeterminação (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 3; Gómez, 2011, p. 228).

Em 2015, foram publicadas duas normas infraconstitucionais que modificaram aspectos relevantes da interdição e curatela: o Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O novo Código de Processo Civil foi publicado em 17 de março de 2015, prevendo *vacatio legis* de um ano (art. 1.045), de forma que entrou em vigor em 18 de março de 2016 (Brasil, 2015a). O Estatuto da Pessoa com Deficiência, também chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, foi publicado em 7 de julho de 2015, com *vacatio legis* de 180 dias, nos termos do seu art. 127 (com ressalvas previstas

nos arts. 124 e 125), entrando em vigor, portanto, em 3 de janeiro de 2016 (Brasil, 2015b).

Assim, verifica-se um aparente conflito de normas, pois o Código Civil e o Código de Processo Civil de 1973 tratavam da interdição. O Código de Processo Civil de 2015 também a prevê, modificando o procedimento e o rol de legitimados ativos. Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência não utiliza o termo “interdição”, mas trata da nomeação de curador (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 2).

Nesse sentido, os próximos tópicos são dedicados à análise das modificações operadas no âmbito processual, com enfoque no procedimento de designação de curatela.

2 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: CAPACIDADE, CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência baseou-se na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, estabelecendo normas próprias e alterando outros diplomas legais, com o intuito de promover a inclusão social e a cidadania das pessoas com deficiência, por meio da garantia e promoção do exercício de direitos e liberdades fundamentais, em igualdade de condições (Brasil, 2015b).

O art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu *caput*, estabelece o direito ao exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, o que, segundo Célia Barbosa Abreu, estabelece o princípio “de que a capacidade se presume e a incapacidade deve ser cabalmente comprovada” (2020, p. 623). Essa norma trouxe profundas modificações à teoria geral das incapacidades, desvinculando deficiência e incapacidade, ao estabelecer uma regra geral de capacidade civil.

Com o Estatuto, a incapacidade absoluta passou a restringir-se aos menores de 16 anos e a incapacidade relativa aos que não puderem exprimir sua vontade, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos. Assim, a deficiência não pode ser, por si só, a causa da incapacidade, se não limitar a expressão da vontade, o que também deve ser compreendido no sentido de ausência ou redução do discernimento (Nevares; Multedo; Meireles, 2020, p. 566-567).

Anteriormente, o inciso II do art. 3º alcançava aqueles que não possuíam o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, em razão de enfermidade ou deficiência mental. Já o inciso III se referia àqueles que não

podiam expressar sua vontade, ainda que por causa transitória (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 4).

O Estatuto revogou os incisos I a III do art. 3º do Código Civil (arts. 114 e 123, inciso II, do EPD), porém não modificou o art. 9º, inciso III, do mesmo Código, o qual trata da interdição por incapacidade absoluta ou relativa. Em relação às pessoas sujeitas à curatela, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a redação dos arts. 4º e 1.767 do Código Civil.

Como consequência das alterações no regime das incapacidades, contra a pessoa com deficiência mental, em tese, corre o prazo de prescrição, pois não seria aplicável a regra contida no art. 198, inciso I, do Código Civil. Além disso, a pessoa com deficiência passa a responder com seus próprios bens pelos danos causados a terceiros, em decorrência do afastamento da regra da subsidiariedade prevista no art. 928 do Código Civil (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 5-6).

Nesse ponto, verifica-se que a legislação promoveu uma reforma pontual, sem se atentar para a harmonia e coerência, pois o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao promover a inclusão e a remoção do estigma da incapacidade absoluta, estaria reduzindo a proteção das pessoas com deficiência. Diante disso, Diogo Esteves e outros defendem uma releitura do art. 198 do Código Civil, de modo a estender sua proteção àqueles que não puderem exprimir sua vontade (2016, p. 12). Trata-se de uma interpretação funcional da nova lei, sustentada por Ana Luiza Maia Nevares e outros, pois, sob o pretexto de maior inclusão, não se poderia desproteger o indivíduo vulnerável (2020, p. 567).

O Estatuto estabelece, em seu art. 6º, a capacidade para consentir, cuja incidência também se debruça sobre os atos concernentes à esfera existencial da pessoa. Garante-se à pessoa com deficiência o direito de “casar-se e constituir união estável”, “exercer direitos sexuais e reprodutivos”, o planejamento familiar, “conservar sua fertilidade”, “exercer o direito à família e à convivência familiar” e “exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades”, que, segundo Paulo Lôbo, já não eram alcançados pela incapacidade absoluta ou relativa (2009, 119). No entanto, a Lei nº 13.146/2015 reafirma o poder de autodeterminação do indivíduo para exercício de direitos existenciais, que se reflete, por exemplo, no art. 1.777 do Código Civil, ao prever todo o apoio necessário ao exercício do direito à convivência familiar e comunitária.

Neste contexto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência corrigiu a indistinção anteriormente existente entre situações de natureza patrimonial e de natureza existencial, assegurando o exercício da liberdade matrimonial. Suprimiu-se a nulidade do casamento das pessoas com enfermidade mental sem o discernimento para atos da vida civil (art. 1.548, I, do Código Civil), pois, mesmo que a pessoa tenha sua gestão patrimonial afetada, pode ter percepção sentimental intacta. Essa alteração afastou a presunção de que o casamento seria ruim para o incapaz, considerando que geralmente ele contribui para a inclusão social da pessoa (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 4).

No mesmo sentido, a inclusão do § 2º ao art. 1.550 do Código Civil reafirma a capacidade de as pessoas com deficiência mental ou intelectual contraírem matrimônio, “expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador” (Brasil, 2002). Assim, a anulabilidade do casamento por incapacidade de consentir ou manifestar o seu consentimento (art. 1.550, inciso IV) se restringe às hipóteses dos incisos II e III do art. 4º do Código Civil (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 5). Outrossim, a deficiência deixou de ser considerada uma causa de erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, o que permitia sua anulação (arts. 1.550, inciso III, e 1.557, incisos III e IV, do Código Civil).

Nos parágrafos do art. 84, a Lei nº 13.146/2015 desenha uma nova curatela, que é recepcionada como uma medida extraordinária e proporcional às necessidades e circunstâncias do caso. Acolhe-se uma interpretação mais humana dessa medida protetiva (Abreu, 2020, p. 613), inspirada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é flexibilizada em favor da “curatela sob medida”. Por outras palavras, quando se verificar completa ausência de discernimento do curatelado, o juiz fixará os limites da curatela em conformidade com o desenvolvimento mental e intelectual do curatelado, resultando em “um terno talhado e cosido sob medida, de sorte a considerar as características pessoais do interdito, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências” (Menezes, 2015, p. 21). E isso ocorre porque a curatela não será exercida por meio de representação, uma vez que a conduta do curador não poderá ser guiada por sua vontade pessoal, mas pelos interesses fundamentais da pessoa com deficiência (Menezes, 2015, p. 23).

Em seu art. 85, a Lei nº 13.046/2015 restringe a curatela aos atos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o “direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto” (Brasil, 2015b). A limitação aos atos patrimoniais decorre de uma

emancipação da pessoa com deficiência frente ao exercício de seus direitos da personalidade, acolhendo a identidade “entre titularidade do direito e capacidade de exercício quando aborda as situações subjetivas existenciais” (Menezes, 2015, p. 68-69). Considerando-se que tais direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, não poderiam ser exercidos por outra pessoa, senão seu próprio titular. Entretanto, tal disposição não está isenta de críticas: Célia Barbosa Abreu afirma que o Estatuto equivocou-se na nova redação dada ao art. 1.772 do Código Civil, limitando à curatela as restrições previstas no art. 1.782, que trata da interdição do prodígio, por entender que podem ser necessários cuidados com questões extrapatrimoniais ou que também atinjam o âmbito existencial (2020, p. 626).

Ao tratar a curatela como medida excepcional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe uma medida alternativa, mais branda, para os casos em que a pessoa enfrenta dificuldades concretas para exercer a capacidade legal que possui: a tomada de decisão apoiada (Menezes, 2015, p. 16).

No contexto do modelo social de compreensão da deficiência, a acessibilidade universal e os ajustes razoáveis se tornam ferramentas para erradicação das barreiras que dificultam que a pessoa tome suas próprias decisões. Caso as dificuldades persistam, a solução não é a transferência do poder de decisão a um terceiro, mas colocar à disposição da pessoa o apoio necessário. As medidas de apoio, assim, potencializam o exercício dos direitos fundamentais, sem invadir de maneira arbitrária a autonomia do sujeito (Gómez, 2011, p. 239).

O modelo de substituição da vontade é característico da concepção médica, recebendo críticas por ser excessivamente paternalista, reforçar estereótipos, desvalorizar as aptidões das pessoas e, com isso, perpetuar a dependência. O modelo de apoio na tomada de decisões, por sua vez, é aquele que corresponde à concepção social de deficiência, a partir da constatação que mesmo pessoas tradicionalmente consideradas capazes tomam decisões de forma interdependente, muitas vezes buscando apoio de outros em quem confiam. O modelo de apoio encontra amparo no inciso 3 do art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Gómez, 2011, p. 233-236).

O apoio pode ser fixado em âmbito patrimonial e não patrimonial, dependendo das necessidades da pessoa, abrangendo esclarecimentos de fatos circundantes, efeitos e mesmo a comunicação da decisão (Menezes, 2015, p. 16).

A tomada de decisão apoiada, incluída no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, depende de processo judicial de competência das Varas de Família, sob procedimento de jurisdição voluntária, sendo requerida pela própria pessoa que necessita do apoio, a qual indica duas ou mais pessoas para que lhe prestem auxílio. Os limites e prazos do apoio devem ser estabelecidos em um termo firmado pelo apoiado e pelos apoiadores. A homologação pelo juiz deve ser precedida de manifestação de representante do Ministério Público e da oitiva do requerente e dos apoiadores. Não há restrição legal para o exercício da função de apoiador; porém, em razão da natureza da função, é exigível capacidade civil plena. As divergências sobre negócios jurídicos que gerem riscos ou prejuízos relevantes serão decididas pelo juiz (Menezes, 2015, p. 17).

Embora a figura do apoiador esteja inicialmente vinculada à pessoa com deficiência, diante de sua afirmada capacidade para a prática dos atos da vida civil, defende-se a possibilidade de extensão desse novo modelo para pessoas que, embora também possuam capacidade, podem sentir-se vulneráveis e fragilizadas diante de situações complexas, como no caso dos idosos. A medida em questão traz maior segurança à pessoa apoiada e ao próprio ato jurídico (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 13).

3 OS REFLEXOS PROCESSUAIS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A capacidade civil produz efeitos na esfera processual, na medida em que afeta a capacidade para estar em juízo. Além disso, o Código de Processo Civil pode ter trazido situações de incapacidade processual, como a vedação da citação do mentalmente incapaz (art. 245), e a incapacidade para ser testemunha (art. 447, §1º, II), que atinge aqueles que por enfermidade ou retardamento mental são incapazes de discernir os fatos (Nevares; Multedo; Meireles, 2020, p. 568).

A capacidade para estar em juízo (*ad processum*) diz respeito à capacidade para ocupar o polo da relação processual e praticar certos atos processuais pessoalmente ou mediante representação ou assistência. O processo civil utiliza os conceitos do Direito Civil para definir as causas de incapacidade e, portanto, as hipóteses de representação (absolutamente incapazes) e de assistência (relativamente incapazes) (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 5).

Nesse aspecto, Ana Luiza Nevares e outros defendem que não há um retrocesso e que a pessoa com deficiência, como regra, possui capacidade civil e processual:

A interpretação sistemática das normas que disciplinam o exercício das situações jurídicas, conduz ao entendimento de que a falta de discernimento, como uma das hipóteses de impossibilidade de exprimir a vontade, importa em incapacidade de exercício, com a necessidade de nomeação de curador, para as situações patrimoniais e negociais. Para o processo civil, a falta de curador nesses casos gera nulidade do processo. (Nevares; Muledo; Meireles, 2020, p. 569)

Do mesmo modo, Diogo Esteves e outros (2016, p. 6) afirmam que o Estatuto pretendia evitar que as pessoas com deficiência fossem tratadas como objetos do processo quando eram, na realidade, protagonistas da relação processual. Porém, diante do grau de vulnerabilidade, o ordenamento jurídico permanece conferindo-lhes um tratamento protetivo: mesmo que as pessoas com deficiência sejam apenas relativamente incapazes, trata-se de hipótese de nulidade absoluta por vício de representação processual.

Em relação aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, existe norma que veda que o incapaz ocupe polo na relação processual (art. 8º da Lei nº 9.099/1995). A intenção era evitar que a simplicidade e as limitações prejudicassem os incapazes. Contudo, a mencionada lei deve ser interpretada em conjunto com o art. 79 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual exige a igualdade de condições no acesso à justiça, uma vez que a opção de um rito mais célere pode auxiliar na defesa dos interesses do incapaz. Considerando que a Lei dos Juizados Especiais Federais e a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública não estabelecem a mesma limitação, conclui-se que a restrição somente deveria subsistir em relação ao incapaz que constar no polo passivo da demanda, em razão das limitações do direito de defesa, mas permitindo que ele figure no polo ativo (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 14).

Em relação à capacidade para ser testemunha, verifica-se novamente um conflito entre as normas do Código Civil, com a redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelas normas do novo Código de Processo Civil. A Lei nº 13.146/2015 revogou os incisos II e III do art. 228 do Código Civil, que vedavam a admissão de testemunhas sem discernimento para a prática de atos da vida civil por enfermidade ou retardamento mental, bem como de cegos e surdos, se a ciência dos fatos depender de tais sentidos. Essas condições ainda

devem ser consideradas pelo juiz em cada caso concreto; porém, não se admite a alegação abstrata de impedimento fundada na deficiência (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 6).

Porém, o Código de Processo Civil, no seu art. 447, não admite que incapazes deponham como testemunhas, considerando como incapazes “o interdito por enfermidade ou deficiência mental”, “o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções” e “o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam” (Brasil, 2015a).

Essa contradição deve ser interpretada à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do papel de inclusão que possui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de forma a considerar inconstitucional a interpretação que rejeite a participação do relativamente incapaz como testemunha (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 11).

Outra consequência diz respeito à disciplina e extensão dos acordos processuais previstos no art. 190 do Código de Processo Civil. A teoria dos negócios processuais foi construída com base na teoria dos negócios jurídicos do Código Civil, de forma a exigir agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. O art. 190, por sua vez, exige que as partes sejam plenamente capazes, afastando, em tese, a sua realização por pessoas relativamente incapazes. Ocorre que seria contraditório negar a essas pessoas a prática de acordos processuais que servem como facilitadores do processo. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou enunciado em que foi sugerido o abrandamento dessa exigência quando se tratar de convenção em favor do incapaz. Esse entendimento está em consonância com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ao assegurar o acesso à justiça em igualdade de condições (art. 13), em especial diante da previsão do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz recusar a aplicação do acordo em caso de vulnerabilidade da parte (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 6-7).

As modificações operadas no regime das incapacidades também refletem no procedimento do inventário, que, por se relacionar com a subsistência dos herdeiros, exige uma maior proteção quando estes são incapazes. Assim, havendo interesse de incapaz, o procedimento será necessariamente judicial,

sob rito do inventário ou arrolamento comum, com intervenção do Ministério Público. Aos capazes é facultado o inventário pelo rito do arrolamento sumário, bem como o inventário extrajudicial (Nevares; Multedo; Meireles, 2020, p. 560-564).

Neste contexto, surge a problemática se uma deficiência mental ou intelectual pode influir na validade de um inventário extrajudicial ou uma partilha amigável. Um dos argumentos elencáveis é de que, caso se entenda que a pessoa esteja impossibilitada de exprimir sua vontade, configurando-se uma incapacidade relativa, esses atos seriam meramente anuláveis se praticados sem participação do curador, por força do art. 171, inciso I, do Código Civil. Parte da doutrina defende até mesmo a inexistência do negócio jurídico nos casos de pessoas que têm o discernimento absolutamente comprometido. Outro argumento diz respeito à harmonização do sistema de invalidades: se, no âmbito processual, a ausência de discernimento é causa de incapacidade absoluta, acarretando a nulidade do processo caso não suprida pela nomeação de curador, a nulidade também deveria atingir o inventário extrajudicial e a partilha amigável. De outro norte, também se sustenta a nulidade desses atos com fulcro no art. 166, inciso VII, do Código Civil, que prevê como nulos os negócios jurídicos cuja prática seja proibida por lei, sem cominação de sanção – no caso, a lei veda a realização de inventário extrajudicial e partilha amigável por pessoas incapazes civilmente (Nevares; Multedo; Meireles, 2020, p. 570-571).

Entre as mudanças procedimentais que seguem os ideais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, verifica-se a ampliação da legitimidade ativa para a ação de interdição com a inclusão do companheiro, dos parentes em geral, dos tutores e do representante de entidade em que a pessoa esteja abrigada. Apesar da necessidade de provar a legitimidade por meio de documentos que instruem a inicial, a jurisprudência já permitia a prova do vínculo de forma incidental ao processo, como no caso de união estável. Também houve a limitação da legitimidade ativa do Ministério Público aos casos de doença mental grave. A legitimidade ativa da própria pessoa, além de ter sido prevista pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, decorre da capacidade processual reconhecida à pessoa com deficiência – como a pessoa pode constituir advogado para impugnar o pedido, recorrer da sentença e mesmo requerer o levantamento, não há razão para negar sua capacidade de ser autora do pedido da própria curatela, indicando quem melhor poderia exercê-la (Menezes, 2015, p. 23).

O art. 755 do Código de Processo Civil segue a ideia de proporcionalidade e adequação da curatela, ao exigir a fixação de limites para a curatela em sentença, de acordo com as características pessoais (Brasil, 2015a). Cabe ressaltar que o § 3º do art. 755 do Código de Processo Civil exige seja dada publicidade à sentença que determine a curatela, por meio da inscrição no registro de pessoas naturais, publicação no sítio do tribunal e na plataforma de editais do CNJ, na imprensa local e no órgão oficial, visando resguardar o curatelado e o terceiro de boa-fé. Contudo, não há previsão semelhante para a tomada de decisão apoiada. A legislação prevê que a decisão terá validade desde que inserida nos limites do apoio, bem como que o terceiro pode solicitar que os apoiadores contrassinem o contrato ou acordo. Nesse sentido, a fim de permitir que o terceiro tenha ciência dessas condições, defende-se a publicidade dessa medida de apoio por aplicação analógica do dispositivo referente à curatela (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 13).

Outros dispositivos que merecem destaque são: o art. 751, que prevê a entrevista do interditando sobre “sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil” (Brasil, 2015a), de forma que ele possa expressar quem é, sua história e suas expectativas (Abreu, 2020, p. 629); e o art. 758, que estabelece o dever do curador de buscar tratamento e apoio para a conquista da autonomia pelo interdito (Brasil, 2015a).

Dessa forma, o procedimento em questão serve como instrumento para a nomeação de curador, avaliação do grau de autonomia da pessoa, fixação da extensão da atuação do curador e controle periódico pelo juiz. Até a prolação da sentença, a pessoa não pode ser considerada incapaz, mesmo processualmente, devendo ser regularmente citada (salvo aplicação do art. 245 do Código de Processo Civil) e tendo direito a constituir defesa; caso não o faça, deve ser nomeado curador especial (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 10).

Ao entrar em vigor, o Código de Processo Civil revogou a modificação que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tinha promovido em relação à possibilidade de autocuratela, isto é, do próprio curatelado ajuizar o pedido. Porém, Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 11) afirma que não é razoável negar à pessoa com deficiência a possibilidade de requerer a própria curatela e indicar o curador, o que é reforçado pelo reconhecimento de sua capacidade e pela possibilidade de traçar um plano de apoio (tomada de decisão apoiada).

Outra característica do procedimento de interdição é a amplitude da prova pericial, com intervenção de equipe multidisciplinar, a fim de esclarecer o grau de compreensão e a possibilidade de reversão do quadro de incapacidade. Ainda, cabe ressaltar que a sentença se submete à cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo sua alteração conforme se modificar o estado da pessoa. Não obstante, por aplicação do art. 12, item 4, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, deveria ser fixado prazo para reavaliação periódica (Esteves; Cruz; Silva, 2016, p. 10).

O Código de Processo Civil revogou os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, atingindo algumas disposições que haviam sido alteradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e que promoveram avanços para a inclusão social. Entre tais alterações, encontrava-se a possibilidade de ingressar com o pedido da própria curatela (art. 1.768, IV), a necessidade de o juiz ser assistido por equipe multidisciplinar (1.771) e a consideração das preferências do interditando na escolha do curador (art. 1.772, parágrafo único). Nesse cenário, questionou-se se o estatuto processual acabara com a possibilidade de curatela parcial (Abreu, 2020, p. 627) e a possibilidade de contornar as alterações promovidas por ele, por meio de uma aplicação sistemática do direito (Menezes, 2015, p. 11).

De modo semelhante, as alterações do estatuto processual refletiram na curatela, ao estabelecer, em seu artigo 757, que “a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição”. Tal disposição destoa do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que restringe tal medida aos atos patrimoniais e negociais do curatelado, reservando à sua autonomia o exercício dos direitos da personalidade.

Apesar de publicado antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código de Processo Civil entrou em vigor em data posterior e apresentou conflito com normas do Estatuto e do Código Civil, especialmente em relação à interdição. Embora ambas as leis tenham tramitado concomitantemente, a Lei nº 13.146/2015 conferiu nova redação aos arts. 1.768 a 1.771 do Código Civil, enquanto o novo estatuto processual os revogou, resultando em antinomia, fenômeno pelo qual duas normas válidas disciplinam a mesma matéria de modo contraditório no ordenamento jurídico. Diante da impossibilidade de utilizar-se dos métodos tradicionais de solução de conflitos normativos, entre os quais a hierarquia e a

especialidade, sua discussão restringir-se-ia ao plano temporal³. Considerando-se que a Lei nº 13.146/2015 foi publicada antes do novo CPC, mas passou por um período de *vacatio legis* mais extenso, o momento de publicação daquela lei, e não o de sua vigência, é que determinaria sua prevalência, revogando-se tacitamente as disposições do novo estatuto processual (Cf. Berlini; Amaral, 2017, p. 141).

Criticando tal critério, Rosa Nery (2015, p. 237-238) entende que, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, as alterações que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu em artigos já revogados devem ser consideradas não escritas. Contudo, não há impedimento de que essas alterações sejam adotadas pelo juiz com força argumentativa.

De modo semelhante, Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 11) pondera que as alterações promovidas nos art. 1.768 a 1.772 do Código Civil buscaram, em consonância com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criar um rito humanizador da curatela. Apesar da revogação formal desses dispositivos, os valores elencados pela Convenção e pela Constituição da República demandam a adoção jurisprudencial de soluções que se aproximam das trazidas pelo Estatuto. Já Luciana Berlini e Paloma Francielly do Amaral defendem um diálogo das fontes, empreendendo “uma aproximação principiológica naquilo em que os instrumentos legislativos se complementam, tendo sempre em vista o paradigma da igualdade, não-discriminação e incapacidade como exceção”. Mas arrematam que o melhor caminho para encerrar toda essa discussão seria a elaboração de uma nova lei que harmonizasse os dois estatutos (2017, p. 142).

A curatela é uma medida excepcional, pois restringe a liberdade da pessoa para praticar atos da vida civil, exigindo, para ser fixada, a comprovação da ausência de discernimento, respeitado o devido processo legal. Neste contexto, o processo ganha relevância como âmbito de verificação da demanda do curatelado, já que a curatela deve ser fixada de modo proporcional (Menezes, 2015, p. 15). É nesse ponto que capacidade e processo se entrelaçam, e conduzem

³ Apoiando-se em Norberto Bobbio e Tércio Sampaio Ferraz Jr., Maria Helena Diniz apresenta como critérios de solução de antinomias de direito interno: (i) hierárquico, segundo o qual em um conflito de normas de níveis diferentes, a de nível mais alto terá preferência sobre a de nível mais baixo, independente de sua ordem cronológica; (ii) especialidade, que considera uma norma como especial, quando possui os elementos de definição de uma norma geral e os especializantes, que são de natureza objetiva ou subjetiva; (iii) cronológico, segundo o qual a norma que entrou em vigor por último prevalece sobre a que já estava em vigência, respeitando-se o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (2019, p. 237).

as reflexões que ora se fazem para um cenário que tem como pano de fundo a promoção da pessoa humana no processo civil.

4 DO PROCESSO DE INTERDIÇÃO À AÇÃO DE ESTABELECIMENTO DE CURATELA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência deixou de utilizar a expressão “interdição” e a substituiu por curatela na nova redação dos arts. 1.768 a 1.771 do Código Civil. Trata-se de uma reforma do procedimento de interdição, que rompeu com o paradigma anterior, mas que não dialogou com o Código de Processo Civil, pois este, ao entrar em vigor, restabeleceu o instituto da interdição dos arts. 747 a 758 (Azevedo, 2016, p. 3). Desse modo, passou a se indagar se o novo estatuto processual poderia alterar o paradigma inclusivo, instaurado pela Convenção de Nova Iorque e a Lei nº 13.146/2015.

Respondendo negativamente a essa indagação, Julio Camargo Azevedo aponta a impertinência da sobreposição do Código de Processo Civil sobre a Convenção, que ingressou no direito interno com *status* de norma constitucional, o que atentaria contra os critérios da hierarquia e da especialidade na solução desta antinomia. Eis que, diante dos princípios da igualdade e da autonomia da pessoa com deficiência, não mais se sustentaria o instituto da interdição (Azevedo, 2016, p. 3).

Alguns doutrinadores, a exemplo de Paulo Lôbo, defendem a insubsistência da interdição. Esse autor (2015, p. 1) afirma que a curatela tornou-se uma medida protetiva, e não de interdição do exercício de direitos, uma vez que afeta apenas negócios jurídicos de natureza patrimonial e possui caráter excepcional, obrigando o juiz a indicar os motivos para a curatela específica, assim como o tempo de duração; dessa forma, não haveria interdição (cuja finalidade era vedar o exercício de todos os atos da vida civil), mas curatela específica para determinados atos.

Diversamente, outros autores defendem que, apesar de o Estatuto não utilizar o termo “interdição”, verifica-se que ela não foi suprimida, pois estão previstas as situações em que a curatela poderá ser deferida. Faz-se necessária somente a modificação da nomenclatura, pois a palavra “interdição” e os termos dela derivados se desgastaram com o tempo e devem ser readequados (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 14).

Entretanto, o termo “interdição” traz em suas entrelinhas uma perspectiva patrimonialista, que foi impressa ao regime das incapacidades pelas codificações civis modernas e que está longe de se apresentar como mera questão nominal.

A proteção daqueles que não possuem discernimento para consentir é constantemente invocada como a razão de ser do regime das incapacidades. Mas, ao apreciar os interesses dignos de referida tutela, Rafael Garcia Rodrigues constata, com base na doutrina representada por Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, que tais interesses são tão somente patrimoniais (2002, p. 23-24). Diante disso, o propósito de garantir segurança às transações de ordem econômica e mercantil realizadas por pessoas que não tinham aptidão para assumir semelhantes responsabilidades ocupa o primeiro plano na tutela da capacidade para consentir.

De modo mais preciso, Judith Martins-Costa explica que a concepção abstrata de pessoa e de capacidade de agir constituíam-se em refinadas distinções que se entrelaçavam e se faziam imprescindíveis ao tráfego de bens, que gradativamente ganhava contornos de impessoalidade e massificação na passagem do capitalismo mercantil para o capitalismo industrial (2009, p. 313). Conferia-se segurança às transações e afastavam-se os riscos do mercado, afastando-se “[...] as pessoas inaptas para assumir responsabilidade patrimonial: os loucos, as crianças e os adolescentes, os surdos-mudos incapazes de exprimir vontade” (2009, p. 313). Neste contexto, a incapacidade não é um dado natural, mas uma construção social que historicamente se prestou a excluir do mundo jurídico as pessoas com deficiência, sendo, portanto, discriminatória no que se refere ao exercício dos direitos humanos (Cf. Gómez, 2011, p. 234 e 235).

Tal fato se deve ao lugar de centralidade ocupado pelo patrimônio nos ordenamentos jurídicos oitocentistas, no qual a liberdade expressa pela autonomia privada era essencialmente econômica, e as restrições representadas pelo regime das incapacidades a esta liberdade colocavam em jogo tão somente os interesses patrimoniais. Desse modo, as pessoas que não pudessem exercer sua liberdade na esfera patrimonial eram consideradas incapazes, como afirma Ana Carolina Brochado Teixeira:

A incapacidade de agir está circunscrita ao elemento patrimonial, concepção esta que é fruto de uma tradição em que advertem os influxos de uma elaboração científica de séculos, que não aproxima a capacidade de

agir dos direitos do homem, mas sim, da realização de negócios e para a tutela da relação contratual. Numa antiga concepção, os atos de autonomia privada, para o qual era necessário ser capaz, eram tidos como expressão do direito de propriedade e do tráfego comercial. Todavia, hoje, a tutela da pessoa não pode se exaurir apenas na esfera patrimonial. (2008, p. 10)

É insustentável que a capacidade jurídica seja atrelada primordialmente ao desempenho do direito patrimonial, pois “[...] é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano” (Rodrigues, 2002, p. 26). Considerando que a delegação de todo poder de escolha a um representante, poderia se configurar em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico resultaria em excesso de proteção, capaz de “[...] redundar na verdadeira supressão da subjetividade deste, na medida em que decisões sobre o desenvolvimento de sua própria personalidade fiquem a cargo de terceiros” (Rodrigues, 2002, p. 26).

Trata-se da crítica dirigida por Pietro Perlingieri à separação entre a titularidade e o exercício de direitos, notadamente existenciais. A proteção do incapaz não pode se reduzir à administração de seus bens, resultando em excessiva proteção, o que se mostraria como uma “terrível tirania”. Por outras palavras, “a disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’” (2008, p. 782). Segundo o autor, o estado patológico de uma pessoa não pode se traduzir em estereótipos de limitações e exclusões que atentam contra o livre desenvolvimento de sua personalidade, sendo necessário privilegiar as escolhas de vida da pessoa com deficiência (2008, p. 781-782).

Ciente disso, a Lei nº 13.146/2015 operou uma fratura entre incapacidade e interdição, ao admitir a curatela com caráter excepcional sem associá-la à incapacidade absoluta, delineando a deficiência sem curatela e a deficiência qualificada pela curatela (Rosensvald, 2015, p. 764). Segundo Nelson Rosensvald, essa separação já se fazia presente no art. 3º, III, do Código Civil, ao se referir à impossibilidade de expressar a vontade por uma “causa transitória”. Na acepção desse autor, aquele conceito era uma “válvula de escape”, que, “ao invés de sancionar o autor da conduta temerária com o sequestro de sua capacidade

de fato e a nomeação de um curador”, facultava a “invalidação do ato civil lesivo, preservando-se, o pleno autogoverno do indivíduo, em suas situações existenciais e patrimoniais...” (2015, p. 764).

De modo semelhante, o art. 1.780 do Código Civil previa uma curatela por representação e não por interdição, conferindo ao curador o poder de cuidar dos negócios ou bens do curatelado, sem declarar sua incapacidade. Considerando os princípios da igualdade e da autonomia, Menezes afirma ser possível o reconhecimento desta curatela especial, para pessoa com deficiência psíquica, eis que o caráter excepcional, conferido à curatela, “não implica, necessariamente, a interdição da pessoa, mas a viabilização de um cuidado especial” (Menezes, 2015, p. 15-16).

Os Tribunais brasileiros já se inclinavam para a curatela sem interdição⁴, que foi redesenhada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência como medida de apoio extraordinária e limitada aos atos de conteúdo patrimonial. Nesse sentido, é exemplar a sentença proferida em primeira instância, na Comarca de Rio Verde, Goiás, em ação de interdição de idoso acometido pelo mal de Alzheimer, na qual se estabeleceu a curatela sem declarar a incapacidade absoluta do curatelado. Considerando que este apresentava lucidez, mas necessitava de auxílio na prática de atos patrimoniais, cuidou-se de uma curatela específica, sem interdição, ao afirmar que “não havendo incapacidade, a questão se resolve com a simples nomeação de um curador, preservando os direitos da pessoa quanto ao exercício de direitos e exteriorização de sua vontade na realização de atos que não envolve capacidade intelectual de discernimento...” (2016, p. 5). Diante disso, conclui-se que não há mais interdição em nosso direito, esclarecendo que, embora o Código de Processo Civil tenha recepcionado a interdição para “o caso de incapacidade do interditando para a administração de bens, em seu art. 749, tal regramento não há de prevalecer pois está em confronto com norma expressa em lei especial anterior à vigência do referido Código, conforme se extrai do art. 84, *caput*, da Lei nº 13.146/2015” (2016, p. 3).

⁴ “APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO E CURATELA - DEFICIÊNCIA MENTAL - INCAPACIDADE PARCIAL - CURATELA PARCIAL - Em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e dos diferentes graus de discernimento e inaptidão mental a curatela admite graduações gerando efeitos distintos a depender do nível de consciência do interditando, consoante dispõe a parte final do art. 1.780 do Código Civil. Demonstrado nos autos que a incapacidade do curatelado se restringe à prática de atos patrimoniais, deve ser deferida a curatela provisória, sem interdição, com as mesmas restrições previstas para os pródigos (art. 1.782 do Código Civil).” (2015, p. 1)

Diversamente da decisão exposta *supra*, é possível notar que os Tribunais brasileiros ainda se inclinam para a manutenção do processo de interdição: ora fazendo-lhe mera referência nominal, ora destoando por completo das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesse sentido, profere o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que “não há que falar em plena presunção de capacidade” e que a “interdição continua vigente no ordenamento”:

Processual civil. Apelação cível. Ação de interdição c/c curatela provisória. Sentença de extinção sem resolução Do mérito, com fulcro nos arts. 330, III, e 485, I e VI, do CPC. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo Provimento do apelo. Acolhimento. Mesmo com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não há que falar em Presunção de plena capacidade. A interdição continua vigente no ordenamento. A incapacidade relativa, e a causa, transitória ou não, que impeça a adequada manifestação de vontade, sujeitam a pessoa à curatela. Leitura sistemática de diversos artigos do código civil. Lei processual civil, no mais, que prevê o procedimento de interdição a ser seguido, conforme arts. 747 e seguintes. Sentença cassada. Determinação de prosseguimento regular do feito na origem. Recurso conhecido e provido. (Paraná, 2018, p. 41)

Segundo Nelson Rosenvald, a interdição “ostenta o posto de mais grave sanção punitiva do Direito Brasileiro” (2015, p. 783), uma vez que ela restringe direitos fundamentais do interditando. Com o advento da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o termo “interdição” foi suprimido da ordem infraconstitucional brasileira, pois “[...] relaciona a curatela a um processo de supressão de direitos patrimoniais e existenciais da pessoa, quando na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia” (2015, p. 748).

Isso ocorre porque a Convenção de Nova Iorque ingressa no direito interno como tratado de direitos humanos, com *status* de norma constitucional. Diante disso, segundo Paulo Lôbo, após o início da vigência da Convenção, a pessoa com deficiência não se incluía mais entre os absolutamente incapazes, derogando, nesse aspecto, o Código Civil (2015, p. 2):

As regras do novo CPC deverão ser interpretadas em conformidade com as da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, pois esta tem força normativa superior àquele, relativamente à curatela especial, como medida protetiva e temporária, não sendo cabível a interpretação que retome o modelo superado de interdição, apesar da terminologia inadequada utilizada pela lei processual. (Lôbo, 2015, p. 2)

Essa interpretação sugere a eficácia dos direitos humanos e fundamentais nas relações interprivadas, que se mostra nos impactos da normativa internacional no direito interno. A Convenção de Nova Iorque estabelece, no art. 12, que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Tal disposição enseja uma mudança paradigmática, segundo Patrícia Cuenca Gómez: a capacidade sempre foi considerada uma questão técnica, afeta ao Código Civil, mas que passa a ser uma questão de direitos humanos, o que significa “[...] *la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo em su titularidad, disfrute protección y ejercicio*”. Diante disso, a capacidade jurídica ocupa o primeiro plano de um sistema igualitário, a “*puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos*” (2011, p. 224-225).

A igual capacidade jurídica reconhecida às pessoas com deficiência obriga os Estados a acabar com institutos, como a interdição e a incapacidade, e adotar medidas de apoio que possibilitem o exercício de direitos com autonomia, como proclama o art. 12, 3, da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Gómez, 2011, p. 243). Trata-se, ainda, de substituir o mecanismo de substituição de vontade, característico do modelo médico de deficiência e que se concentra no excesso de proteção aos direitos patrimoniais, pelo mecanismo de apoio, característico do modelo social, que se concentra na promoção da autonomia que soluciona o déficit de exercício de direitos fundamentais (Gómez, 2011, p. 239).

Na esteira da Convenção, a Lei nº 13.146/2015 acolhe a capacidade civil como um direito fundamental do ser humano calcado nos princípios da dignidade e liberdade, o que funcionaliza a curatela à proteção da pessoa em razão de sua vulnerabilidade e não de sua deficiência (Rosenvald, 2015, p. 747). O processo, por sua vez, deve-se curvar à preservação dos direitos fundamentais

da pessoa com deficiência, especialmente da capacidade, afastando-se o termo “interdição”, pelo seu sentido “restritivo de direitos fundamentais da pessoa submetida à curatela” (Rosenvald, 2015, p. 792).

Diante dos novos paradigmas, em especial do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção de Nova Iorque, a denominação mais adequada seria “ação de designação de curatela”, a qual não é ajuizada contra ou em face de alguém, mas em favor da pessoa (Daneluzzi; Mathias, 2016, p. 15). Sem destoar desse entendimento, Flávio Tartuce defende que não é mais possível a interdição absoluta, senão em um processo que institui a curatela. Para tanto, será necessária a edição de uma nova lei que aponte se ainda é cabível a interdição relativa. De qualquer maneira, o autor refere-se à “ação com nomeação de curador” (2016, p. 58 e 67). O PLS 757/2015, por sua vez, propõe a alteração dos arts. 747, 748 e 755 do Código de Processo Civil, substituindo o termo “interdição” por “ação de estabelecimento de curatela”, e, ainda, o termo “interditando” por “curatelado” (Menezes, 2017, p. 165), que, uma vez aprovado, dissipará a carga estigmatizante que o estatuto processual resgatou. Poder-se-ia afirmar, ainda, que se trata de um passo a ser dado em direção à humanização do processo, considerando-se que “há pessoas por trás dos autos” (Azevedo, 2016, p. 5).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, foi possível constatar que a interdição é o procedimento por meio do qual se define a curatela das pessoas que a ela estão legalmente sujeitas, pois a curatela é uma medida que visa à proteção de incapazes, mas constitui restrição à sua liberdade e à capacidade de exercício de direitos. Nesse aspecto, o processo de interdição ganha relevância nas discussões acadêmicas, em razão da possibilidade de contribuir para a efetivação de direitos fundamentais e para a menor restrição possível desses direitos.

A importância da interdição já vinha sendo discutida sob a luz da Constituição da República e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente em relação à flexibilização da curatela e ao reconhecimento internacional da capacidade como uma questão de direitos humanos, refletindo a mudança de paradigma na compreensão da deficiência.

Apesar de a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de o seu Protocolo Facultativo terem sido assinados em 2007, e entrado em vigor no País em 2009, somente com a Lei nº 13.146/2015 o Brasil adotou o modelo social de compreensão da deficiência na sua legislação infraconstitucional. O Estatuto

tem profunda vinculação com a Convenção, seguindo seus comandos em relação ao reconhecimento da capacidade às pessoas com deficiência em igualdade de condições, o que resultou nas alterações das hipóteses de incapacidade do Código Civil.

Pela nova sistemática, a deficiência não pode ser causa, por si só, da declaração de incapacidade. A incapacidade absoluta ficou restrita aos menores de 16 anos e a incapacidade relativa aos que não puderem exprimir sua vontade, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos. Dessa forma, pessoas com deficiência, ainda que de natureza mental ou intelectual, teriam preservada sua capacidade para os atos da vida civil, salvo se a manifestação da sua vontade restar prejudicada, e, ainda assim, tratar-se-ia de incapacidade relativa, apenas demonstrando o objetivo de privilegiar a autonomia da vontade dessas pessoas.

Diante dessas modificações materiais, surgiram várias consequências processuais, que foram destacadas no texto. Não obstante a capacidade civil enseje a processual, discutiu-se a possibilidade de nulidade de atos processuais por vício de representação da pessoa com deficiência. As exigências do art. 447 da Lei nº 13.105/2015, relativas ao discernimento para ser testemunha, foram contrapostas à supressão dos incisos I e II do art. 228 do Código Civil. Diante do art. 190 do novo Estatuto Processual, discutiu-se a possibilidade de o juiz negar ou não a realização de acordos processuais, que resultou como afastada diante da vulnerabilidade da pessoa com deficiência. O novo Código de Processo Civil, entre outras alterações, também afastou a possibilidade de autocuratela e estendeu essa medida protetiva aos atos pessoais, contrariando, em ambos os casos, a previsão estatutária.

Esse rol de alterações não pode ser lido de forma desvinculada dos objetivos da Convenção e do Estatuto, sob pena de, ao invés de promover os direitos das pessoas com deficiência, deixar essas pessoas sem a proteção legal que anteriormente possuíam. Nesse sentido, apesar dos avanços no âmbito do processo civil, ainda existem normas processuais que dificultam o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência.

Essa conclusão foi aprofundada, no que se refere à fixação da curatela. Ainda que se tenha buscado estabelecer um procedimento mais humanizado, e que melhor se adapte ao ideal de inclusão das pessoas com deficiência, não logrou semelhante êxito no que se refere à interdição. A expressão deve ser suprimida da legislação processual, afastando os efeitos estigmatizantes vinculados ao termo,

isto é, a ideia de que a interdição era a restrição completa do exercício de atos da vida civil, e assumindo uma estrutura procedimental, mais adequada, na qual a curatela será delimitada para determinados atos, de acordo com as capacidades e potencialidades dos indivíduos. A expressão “ação de estabelecimento de curatela” está de acordo com os novos paradigmas instaurados pela Convenção e pelo Estatuto, uma vez que se trata de uma medida de apoio para que a pessoa com deficiência possa atuar com autonomia, não importando em restrições aos seus direitos fundamentais. Dessa forma, conclui-se que o processo de interdição deve ser regido pelas normas do Código de Processo Civil, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e, também, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de tal modo a se desfazer qualquer antinomia, e harmonizando-se o processo à pessoa humana. Para tanto, poder-se-ia manter alguns aspectos formalmente revogados, como a possibilidade de ingressar com o pedido da própria curatela e incluir exigências ainda não previstas expressamente na legislação infraconstitucional, como a fixação de prazo para revisão periódica da curatela. A prevalência de uma ou outra disposição legal deve ser fundamentada nos objetivos gerais de inclusão social, proteção da dignidade e promoção do exercício dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

AZEVEDO, Júlio Camardo de. Diálogo entre a Lei Brasileira de Inclusão e o novo CPC: pelo fim da interdição. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 9, 1-8, 30 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-30/julio-azevedo-preciso-acabar-interdicoes-judiciais>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BERLINI, Luciana; AMARAL, Palamo Francielly do. Os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo Código de Processo Civil. *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 15, n. 2, p. 125-155, jul./dez. 2017.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência). Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 3 nov. 2019.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66, abr./jul. 2016. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Repercussao_EPD_Legislacoes_Civil_Processual_Maria_Helena_Marques.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

DINIZ, Maria Helena. A antinomia real e a polêmica do diálogo de fontes. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 3, n. 53, p. 228-247, jul./set. 2019.

ESTEVES, Diogo; CRUZ, Elisa Costa; SILVA, Franklyn Roger Alves. As consequências materiais e processuais da Lei Brasileiro da Inclusão da Pessoa com Deficiência e o papel da Defensoria Pública na Assistência Jurídica das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*, v. 258, p. 281-314, ago. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GOIÁS. Poder Judiciário, Comarca de Rio Verde, Vara de Família e Sucessões, Ação de interdição, Autos nº 1831/2015, Juíza Coraci Pereira da Silva, 21 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/SENTENCA-interdicao-novo-estatuto-Fam-Inform.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

GÓMEZ, Patricia Cueca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamento jurídico español. *Derechos y Libertades*, n 24, época II, p. 221-257, enero 2011.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. *Revista Consultor Jurídico*, 16 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição de vontade ao modelo de apoios. *Civilistica.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 2 set. 2019.

_____. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr./jun. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0569.13.002202-7/001, Des. Yeda Athias, Julgado em 30 jun. 2015. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/7_Decisao-TJMG-Interdicao-e-Curatela-Infom-Setembro-Familia.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. Família. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, v. V, 2015.

NEVARES, Ana Luiz Maia; MULTEDO, Renata Vilela; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. As implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Processo de Inventário. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. *El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad em la diversidad funcional*. Madrid: Ediciones Diversitas-AIES, 2006.

PARANÁ. TJPR, Apelação Cível nº 0006858-55.2017.8.16.0026, 2ª Câmara Cível, Des. Ivanise Maria Tratz Martins, 14.11.2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008918991/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000994-04.2017.8.16.0166>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-34.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. Capítulo 17. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2015. p. 743-828.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 50-73, jul./dez. 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008.

Submissão em: 30.01.2020

Avaliado em: 26.08.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 12.11.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 17.11.2020

A SITUAÇÃO DA FRANÇA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL¹

FRANCE SITUATION REGARDING FUNDAMENTAL RIGHTS AT THE MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM CONTEXT

Stéphane Pinon²

Professor titular de Direito Constitucional (Cercop, Montpellier, França)

ÁREA(S): direitos fundamentais; direito constitucional.

RESUMO: Em 1958, três objetivos foram perseguidos por meio do texto constitucional francês. O primeiro, criar um forte Poder Executivo com um Presidente igualmente forte; em segundo, enfraquecer o parlamento e colocar um fim na soberania das assembleias; terceiro, adotar uma diferente forma de referendo para promover a participação popular. Mas o alvo não era nem a criação de uma jurisdição especial para assegurar a revisão constitucional das leis, nem a produção de um novo catálogo de

direitos sociais. Essa constituição ignora o conceito de “Estado de Direito”, o princípio da “dignidade humana” ou o acesso direito pelos indivíduos à Corte Constitucional. Historicamente, o desenvolvimento de direitos sociais depende da vontade do legislador. Porém, durante as últimas três décadas, nós podemos observar o crescente papel dos juízes constitucionais nesta seara. Por exemplo, foi dado valor constitucional ao princípio da “irmandade” (julho, 2018) para ajudar imigrantes ilegais ou a “oportunidade de todos possuírem moradias decentes” (janeiro, 1995), que levou à proibição de corte do fornecimento de água em

¹ Traduzido do espanhol por Sérgio Gillet. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2443033476148063>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2902-9929>.

² Estudiosos Jurídico francês. Professor da Universidade de La Rochelle (UNIV-larochelle, La Rochelle, França). E-mail: stephane.pinon@univ-lr.fr. Currículo: https://droit-management.univ-larochelle.fr//IMG/pdf/curriculum_vitae_s._pinon_fevrier_2019.pdf.

residências (maio, 2015). Entretanto, em muitas circunstâncias, é adotada a “restrição judicial” para evitar a acusação do “governo de juízes”. Seria realmente o papel dos juízes constitucionais se tornar um autor de políticas sociais? Pois, se às cortes for permitido decidir, então um pequeno grupo de juízes sem expertise em políticas públicas terá a permissão de governar o resto do País.

ABSTRACT: *In 1958, three goals were pursued through the French’s constitutional text. First create a strong executive power with a strong President, secondly weaken the parliament and put an end to the sovereignty of the assemblies, thirdly adopt different form of referendum to promote popular participation. But the aim was neither to create a special jurisdiction to assure the constitutional review of legislation, nor to draft a new catalog of social rights. This Constitution ignore the concept of “rule of law”, the principle of “human dignity” or the direct access for individuals to the Constitutional Court. Historically, the development of social rights depends on the will of the lawmaker. But during the three last decades, we can observe the growing role of the constitutional judges in this matter. For exemple, it gave a constitutional value of the principle of “brotherhood” (july 2018) to help illegal migrants or the “opportunity for anyone to have decent housing” (january 1995) which leads to ban water cut-offs in homes (may 2015). In many circumstances however, it adopts “judicial restraint” to avoid the accusation of “government of judges”. Is it really the role of the constitutional judge to become a legal actor of social policy? Because, if Courts are allowed to reign, then a small elite of judges lacking policy expertise is allowed to rule over the rest of the country.*

PALAVRAS-CHAVE: quinta república; revisão constitucional; ativismo judicial; restrição judicial; exclusão social; neoconstitucionalismo; constituição econômica europeia; questão prioritária do constitucionalismo; *actio popularis*; judicialmente exigível; realismo jurídico americano.

KEYWORDS: *fifth republic; constitutional review; judicial activism; judicial restraint; social exclusion; neo-constitutionalism; European economic constitution; priority question of constitutionality; actio popularis; judicially enforceable; American legal realism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A subordinação da “democracia” ao conceito de “Estado de Direito”; 2 A visão arcaica das instituições representativas no constitucionalismo multinível.

SUMMARY: *Introduction; 1 The weakness of the written constitutional norm in the field of social rights; 2 The growing role of judges in the field of social rights.*

INTRODUÇÃO

“Nós, civilizações, agora sabemos que somos mortais” (Paul Valéry, *La crisis del espíritu*, 1919).

Em 4 de outubro de 2018, a Quinta República Francesa comemorou sessenta anos, sessenta anos de estabilidade política, estabilidade institucional. Sessenta anos de uma ordem constitucional da pirâmide, dominada pelo Presidente da República. Observadores estrangeiros costumam falar de um regime “semipresidencial”, mas na doutrina francesa é preferível usar a fórmula de Guy Carcassonne: “Um regime parlamentar de liderança presidencial”³.

Apenas duas vezes a República teve medo: em maio de 1968 e em dezembro de 2018, quando eclodiu uma atmosfera insurrecional que durou vários meses. Nesta ocasião, Emmanuel Macron enfrentou um novo tipo de contrapoder, um “contrapoder social” simbolizado pelos “coletes amarelos” (*les “gilets jaunes”*). Foi isso que fez o poder tremer de medo, especialmente no dia da pilhagem do Arco do Triunfo, na famosa avenida dos *Champs Elysées*.

É um movimento sem precedentes na história, sem chefe; em seu começo sem orientação ideológica concreta⁴. Trata-se de uma revolta espontânea da classe média empobrecida, apoiada pelas redes sociais, como o “Facebook”. As reivindicações foram diversas e evoluíram ao longo das semanas: reivindicações salariais, fiscais e econômicas. Mas aqueles de natureza constitucional têm sido constantes. Os “coletes amarelos” gritaram “olhe para nós, estamos aqui, existimos”, “escute-nos”, “os eleitos vivem em outro mundo, eles não nos representam”... e andaram na rua com faixas que indicavam três letras: “RIC”, o Referendo da Iniciativa Cidadã. O mecanismo não existe na Constituição, apesar de as pesquisas mostrarem que os franceses apoiam a reforma. No momento do sucesso das siglas na língua constitucional francesa – veja o famoso “QPC” (questão prioritária da constitucionalidade) –, não foi o “RAC” (o recurso de proteção constitucional) que obteve sucesso nas manifestações, mas o “RIC”. Que símbolo!

³ G. Caracassonne, *Le Monde*, 22 jul. 2008.

⁴ Após a dignidade das reivindicações durante a primeira onda “*gilets jaunes*” (novembro de 2018 – janeiro de 2019), o movimento afundou na lama de extremismos.

Por fim, os “coletes amarelos” expressam uma vontade imoderada de participar diretamente das decisões e de ser representado de maneira diferente. São os pilares tradicionais da “democracia representativa” que são criticados. O movimento mostra os novos “desafios” que as democracias enfrentarão durante o século XXI. Pode-se lamentar, mas a tendência parece irreversível. Analisando as deficiências do constitucionalismo francês, do sistema institucional da União Europeia e, depois de todo o “constitucionalismo multinível”, pode-se dizer que, em alguns aspectos, suas reivindicações estão corretas. De fato, acredito que o “constitucionalismo multinível”, com a União Europeia em primeiro plano, segue um caminho que a condena. O caminho seguido condena esta maravilhosa ideia de paz e integração em direção a um objetivo federalista, uma vez que a União foi logo desnaturada. Numerosos índices provam isso: o primado da economia, a onipotência de especialistas de todos os tipos, a onipotência dos juízes, do Banco Central Europeu, da “comitologia”... Em suma, o projeto europeu se encaminha para um horizonte que não é “democracia”.

Não é fácil dar uma definição precisa de democracia, que é um conceito evolutivo e atravessado por contradições. No entanto, sabemos o que não é democracia: uma teocracia, uma monocracia ou uma oligarquia. Hoje, na realidade, a União Europeia é cada vez mais como uma oligarquia. Alexandre Viala prefere o termo “epistocracia”, que significa uma maneira de governar dominada pelos sábios, os mais competentes⁵. Em vez de realizar o sonho de Platão de um governo de filósofos, a epistocracia prefere o poder de altos funcionários, especialistas em finanças, tributação, direito, competitividade, poder de especialistas altamente qualificados. Colocando suas ações sob uma objetividade quase científica, os sábios tentam impor uma visão única do mundo. O debate ideológico e a pluralidade de orientações políticas desaparecem.

Quais são as consequências dessa deriva? Em primeiro lugar, são os direitos “políticos” fundamentais do cidadão, dos povos, que desaparecem, ou seja, o direito de escolher o destino da comunidade, de participar diretamente da decisão política e de se sentir representado. Observando os regimes ocidentais, a deriva oligárquica parece amplamente compartilhada. Manifesta-se de duas maneiras: por meio da subordinação da democracia ao conceito de

⁵ A. Viala, *Le Monde*, 19 oct. 2017. Ver também A. Viala (Dir.), *Demain l'épistocratie?* (Actes du Colloque de Montpellier, 7-8 déc. 2017), Ed. Mare et Martin, 2019.

Estado de Direito (1) e, também, por meio de uma visão arcaica de instituições representativas no constitucionalismo multinível (2).

1 A SUBORDINAÇÃO DA “DEMOCRACIA” AO CONCEITO DE “ESTADO DE DIREITO”

A revolta dos “coletes amarelos” expressa um forte ressentimento, um desejo de vingança. A vingança da França periférica sobre a França urbana; a vingança da história nacional sobre os beneficiários da globalização; dos poucos graduados em elites; a vingança da força eufórica da multidão, facilmente mobilizada com o “*smartphone*”, sobre a sociedade individualista. Encontramos uma versão modernizada de *A rebelião das massas*, de José Ortega y Gasset (1930). Traduzido para o vocabulário constitucional, é também, indiretamente, a vingança da *política* sobre o *direito*.

1.1 A PERDA DE “EQUILÍBRIO” DENTRO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na origem do direito constitucional situa-se o princípio do “equilíbrio”, que é a pedra angular deste sujeito jurídico muito especial. Verificamos isso olhando primeiro a Constituição dos Estados Unidos com o sistema de “*checks and balances*”. A grande Declaração francesa de 1789 oferece outro exemplo de equilíbrio entre o voluntarismo legislativo e os direitos “naturais e inalienáveis” do homem. Maurice Hauriou a teorizou: equilíbrio entre “constituição social” e “constituição política”, entre ordem e liberdade, entre os direitos do indivíduo e os direitos da sociedade⁶. A ideia deve ser perpetuada: equilíbrio entre a vontade das instituições eleitas e o controle dos juízes, entre a soberania popular e a separação de poderes, entre o poder da maioria e os direitos das minorias, entre a democracia (em seu sentido etimológico) e o liberalismo. Em relação ao liberalismo, ele entrou no discurso jurídico, após a Segunda Guerra Mundial, por meio do conceito de Estado de Direito, que lhe permitiu usufruir de uma ferramenta relevante para modernização e reabilitação. Mas o que é observado no “constitucionalismo multinível”? Que o Estado de Direito ocupou todo o espaço para esmagar o conceito de democracia ou transformá-lo em um conceito secundário. É assim que o equilíbrio é revertido⁷.

⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Ed. Sirey, 1910.

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre esse desequilíbrio, ver S. Pinon, “Itinéraire du couple démocratie et référendum dans l’espace européen”, in *Dallo Stato all’individuo. Percorsi costituzionali*, Ed. Jovene,

O *Estado de Direito* tornou-se a fonte de todas as legitimidades: legitimidade dos tribunais constitucionais e tribunais supranacionais, “cláusulas da eternidade” nas constituições, da reescrita do catálogo de direitos fundamentais por jurisprudência, legitimidade das constituições quase “concedidas” pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Comissão de Veneza. Por um movimento pendular, a suspeita recaiu sobre tudo o que pertencia ao outro campo: o poder constituinte do povo, os vários mecanismos de participação direta, como o referendo, a iniciativa popular, sobre a lei votada pelos parlamentares. A suspeita recaiu também sobre os deputados, os partidos políticos que têm a obrigação de se submeter à nova “ditadura orwelliana” de transparência. O equilíbrio entre o *Estado de Direito* e a *democracia majoritária* foi revertido até que a antiga tradição do “antiparlamentarismo” fosse restaurada, esquecendo que Hans Kelsen, a referência absoluta em toda reflexão sobre o Estado de Direito, defendia a necessidade de um “estado de partes” (*Parteinstaat*)⁸. De jeito nenhum que queremos “*faire le procès*” direitos humanos, suas evoluções ou substâncias *materiais*. É muito mais o problema do procedimento formal de criação desses direitos, devido à sua natureza demasiado oligárquica, que deve ser questionada.

1.2 OS PERIGOS QUE RESULTAM DO DESEQUILÍBRIO

Esse desequilíbrio entre a democracia majoritária e o Estado de Direito envolve um duplo perigo: a ciência e a política. *Científico*, primeiro, porque existe o risco de falsidade. De fato, ninguém pode garantir que haja mais capacidade em um tribunal constitucional do que em uma assembleia parlamentar ou que as fontes de documentação sejam menos ricas em um parlamento⁹. Essa é a ideia central defendida pelo “*popular constitutionalism*”, um movimento de contestação frente à onipotência do Poder Judiciário nos Estados Unidos. Os líderes dessa corrente acadêmica – Larry Kramer, Mark Tushnet e Robert Post¹⁰ – tentam reabilitar a teoria do poder constituinte do povo, totalmente negada pela última

n. 1-2/2016, p. 209-231. Na França, encontramos nos escritos de Slobodan Milacic um verdadeiro pensamento do desequilíbrio entre democracia política e Estado de Direito.

⁸ Ver H. Kelsen, *La démocratie – sa nature, sa valeur*, 1932, rééd Dalloz, 2004, p. 20-21.

⁹ É uma das teses defendidas por Paul Yowell: Yowell P., *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, London, 2018. Hunt M., Hooper H., Yowell P. (Dir.), *Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, London, 2015.

¹⁰ Ver Kramer L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004; Tushnet M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999; Post R. C. y Siegel R. B., “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, 92

palavra dada à Suprema Corte no campo da interpretação do texto supremo. Os argumentos desenvolvidos para reduzir o escopo – ou suprimi-lo nos escritos de M. Tushnet – do “*judicial review*” são numerosos. Entre eles, encontramos a realidade exposta pela “*American legal realism*”¹¹, segundo a qual a interpretação do juiz não é um ato de “conhecimento” (de um sentido preestabelecido do texto), mas um ato de “vontade” (de um senso de escolha). Certamente, dada a liberdade política e ideológica do juiz, vale a pena refletir sobre sua legitimidade. Eles fazem isso, por exemplo, verificando a superioridade das deliberações dentro das câmaras. Além disso, ninguém pode garantir que a pluralidade da sociedade seja mais bem refletida que nos tribunais; a idade média dos juízes, a natureza de suas formações ou sua extração sociológica permitem sentir melhor as necessidades das minorias. E não falamos de clientelismo ou de estratégias políticas dos próprios juízes ou de quem eles os promovem ou nomeiam (ver a esse respeito a recente nomeação de Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh na Suprema Corte dos Estados Unidos).

Um dos problemas reside na interpretação de normas ambíguas, escritas em termos imprecisos ou na forma de princípios – numerosos nos textos constitucionais – e que têm um alcance social importante. Jeremy Waldron, professor da Universidade de Nova York, se pergunta: *Como explicar que uma sentença adotada pela maioria dos juízes (quatro ou cinco) é menos crítica do que uma decisão apoiada pela maioria no parlamento?*¹² Nos Estados Unidos, faz mais de um século que o debate sobre a legitimidade de “*constitutional review*” está aberto; todavia, é um “elemento estrutural” do constitucionalismo americano¹³. O contrário é verdadeiro na França, dado que na onipotência dos juízes

California Law Review, 1027, 2004. Todos esses textos tratam da restituição do poder constituinte ao povo.

¹¹ É um movimento nascido no início do século XX em reação tanto à “*Formalism school*” quanto ao ativismo conservador da Corte Lochner (1897-1937). Não se considera que hoje, nas universidades estadunidenses, todos os constitucionalistas compartilhem a tese do “realismo”. Porém, naquela época, os precursores eram Oliver Holmes ou John Gray. Michel Troper apresenta a teoria realista na doutrina francesa.

¹² Ver J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016 (sobre todo o Capítulo 10, p. 246-273). Também, J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 2007. Sobre o papel fundamental dos parlamentos na proteção de direitos, ver também os escritos de Gerald N. Rosenberg, Richard Bellamy ou Adrian Vermeule. Para um estudo de alta qualidade, G. Tusseau, “Enfrentar al panjudicialismo epistémico: la escatomización de formas políticas de control de constitucionalidad”, *Parlamento y Constitución, Anuario* n. 18-2017, p. 9-53.

¹³ I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Dalloz, 2017, p. 666.

supranacionais (TJUE e, sobretudo, CEDH) prevalece a idolatria ou a demissão. Nesse ambiente de mudanças generalizadas, fingir “radicalizar a democracia” afirmando tanto a futilidade do referendo (em todas as suas formas) quanto a necessidade de acentuar a influência de instituições jurisdicionais (o juiz constitucional, em primeiro lugar) equivale a colocar contra o fluxo da história¹⁴.

Mas há também um perigo político. Porque, politicamente, não é admissível responder ao progresso da integração europeia, mesmo com argumentos moderados. Durante muito tempo, na mídia, no círculo de apoiadores da integração, o discurso dominante foi que esse progresso era uma evidência científica objetiva. Entre os céticos, espalham o medo de serem colocados do lado do populismo, do lado sombrio da História; enquanto os “patriotas europeus” viviam “com a falsa ilusão de uma Europa necessária, inscrita na natureza das coisas, que seriam construídas sem nós ainda que nada fizéssemos, porque a história estava do seu lado”¹⁵. Mas isso não é democracia. Requer debates, confrontos ideológicos, pluralidade de opções políticas. Finalmente, o que está por trás da primazia do *Estado de Direito* e dos especialistas? É a desvalorização indireta do sufrágio universal e da soberania popular, que pode levar à ira de uma parte dos cidadãos, que pode levar à votação de Donald Trump ou Viktor Orban. Afinal, qual é o conceito de “democracia iliberal” defendido na Hungria, Polônia, República Tcheca, mas um conceito radicalmente contrário ao “Estado de Direito”. Em outras palavras, seu crescimento pode parecer uma maneira – muito perigosa – de restaurar o equilíbrio entre o *direito* e a *democracia*.

É certo que os responsáveis pela atual crise do “constitucionalismo multinível” são numerosos. Podemos citar a Comissão de Barroso, a força do egoísmo nacional nos Conselhos, a rejeição da Comunidade Europeia de Defesa pelos deputados franceses em 1954 (o “crime de 30 de maio”), o Banco Central europeu... Também deve mencionar a presença de outra pessoa responsável, muitas vezes esquecida: as Cortes supranacionais. O Professor Olivier Beaud diz desta maneira: “Os especialistas em direito europeu são frequentemente militantes da integração, que carecem de uma visão crítica sobre a ação dos juízes europeus”¹⁶. A revolução ocorreu em 1964, quando o Tribunal de Justiça

¹⁴ Ver D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, Seuil, 2015.

¹⁵ “La Casa Europea, en llamas”, manifesto dirigido por Bernard-Henri Lévy, *El País*, 27 ene. 2019.

¹⁶ O. Beaud, “Démocratie européenne: les raisons de la défiance” (entretien avec Dieter Grimm), *Esprit*, n. 416, juillet 2015, p. 86. Sabemos que a “crítica” é o coração da nossa atividade científica; permite evitar a “sonolência do conhecimento” de acordo com a fórmula do filósofo Gaston Bachelard (*La*

da União Europeia, na jurisprudência Costa c./Enel, falou de uma “nova ordem jurídica”, destacada no direito internacional clássico; quando os juízes luxemburgueses decidiram construir um direito constitucional supranacional de um tipo específico, um direito constitucional “econômico”. Foi o triunfo do “ordoliberalismo”¹⁷.

1.3 JURISDIÇÕES SUPRANACIONAIS E A AMEAÇA DE “GOVERNO DOS JUÍZES”

É necessário não chamar de erros: não se trata mais de negar o papel dos tribunais supranacionais (TJUE e CEDH) no campo dos direitos. Foi de grande riqueza. Permitiram a proteção efetiva das minorias, a luta contra todas as formas de discriminação, o fortalecimento do direito a um remédio eficaz ou o direito a um processo equitativo... Mas os juízes ainda são mulheres e homens, com suas paixões, suas próprias culturas, suas fraquezas, e eles não podem escapar das lições de Montesquieu: “É uma experiência eterna que todo homem que tem poder se sente inclinado a abusar dele, indo tão longe quanto ele encontra limites” (*Do espírito das leis*, Livro XI, Capítulo IV). Permanecer um “poder” sem vigilância, sem o controle de um espaço público real para discussão, sem o contrapeso do poder “político”, sem a supervisão da “opinião pública”, é expor-se à onipotência e ao surgimento de um “governo dos juízes”. É o que acontece na Europa agora. Mas a história das últimas décadas ensina que a salvação da civilização e da democracia não virá dos juízes. “*Court and Judicial review are false gods*”, disse Mark Tushnet¹⁸. Existem numerosas jurisprudências (*Handelsgesellschaft, Foto-Frost, Aziz Melki, Stefano Melloni...*), numerosos exemplos de desvios para a hegemonia dos juízes supranacionais. Do lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o famoso conceito de “consenso europeu” (também usado pela Comissão de Veneza) oferece outra ilustração do “custo democrático” de tal domínio¹⁹.

formación del espíritu científico, 1938); porque a experiência científica é “uma experiência que contradiz a experiência comum”.

¹⁷ Para mais detalhes F. Martucci, “Pouvoir constituant et marché dans le système constitutionnellement intégré de l’Union européenne”, in F. Balaguer Callejón, A. Viala, S. Pinon (Dir.), *Le pouvoir constituant au XXI^e siècle*, Editions Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017, p. 72.

¹⁸ M. Tushnet, “Democracy Versus Judicial Review: is it Time to Amend the Constitution?”, *Dissent*, 52(2), mars 2015.

¹⁹ Sobre este tema, ver E. Gill-Pedro, *EU Law, Fundamental Rights and National Democracy*, Routledge, 2018.

Como o Tribunal estabeleceu repetidamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos é um “instrumento vivo” de interpretação. O conceito de “consenso europeu” gira em torno dessa lógica; refere-se ao nível de uniformidade existente nos marcos legais dos Estados-membros do Conselho da Europa sobre um assunto específico. O Tribunal usa tanto para justificar uma ampla “margem de apreciação” concedida aos Estados na ausência de consenso (reprodução assistida, aborto, adoção por exemplo) quanto para impor “novos padrões” nos casos em que exista uma tendência clara na maioria dos Estados-membros (igualdade de crianças nascidas fora do casamento, objeções de consciência, por exemplo)²⁰. No entanto, existem elementos absurdos nesse tipo de raciocínio, elementos que podem energizar a “democracia ilegal” incentivada por Viktor Orbán.

O absurdo, em primeiro lugar, resulta da negação do que é uma constituição nacional: um “contrato social” entre gerações, o reflexo de sua própria história, o código moral e cultural de um povo. Afinal, uma constituição é o reflexo de um “consenso interno”. Obviamente, como explicar à maioria dos cidadãos que esse “consenso interno” não vale...? Não é válido se for estabelecido um “consenso europeu”? O absurdo, em segundo lugar, resulta do aspecto aleatório e instável de um “consenso europeu”. Pode ser condicionado por várias “razões específicas”: razões conjunturais, como a mudança de ordem constitucional em alguns Estados, como uma alteração política radical, como a chegada simultânea de partidos extremistas ao poder, como simplesmente a nova orientação ideológica do sufrágio universal. Uma hipótese: se a ultradireita aderiu ao poder na maioria dos Estados-membros, com a adoção de legislações radicalmente diferentes no âmbito da família, dos valores religiosos, do casamento, em consequência do surgimento de um novo tipo de “consenso europeu”, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ainda concordaria em se referir a esse conceito? Terceiro, com o “consenso europeu”, o absurdo resulta da negação dos próprios princípios que animam a história do Conselho da Europa: pluralismo, respeito por todas as minorias culturais, sociais e étnicas diante da tirania majoritária. Finalmente, o respeito pelas minorias... exceto as minorias constitucionais.

Alguns autores pensam que é esse tipo de negação arbitrária, de desprezo ao “consenso interno” dos Estados por uma oligarquia de juízes, que contribui

²⁰ Para um estudo muito rico sobre a relação entre a CEDH e um Estado, ver E. Guillén López, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42-2018, p. 335-370.

para alimentar o “isolamento nacionalista”²¹. Porque as opiniões amordaçadas, desprezadas pelo círculo de especialistas, pela primazia do “diálogo” dos juízes sobre o poder constituinte do povo, podem ser transformadas em opiniões radicais, violentas e antissistêmicas. No início desta grande reflexão sobre o “direito constitucional europeu”, não pude dominar a ideia do desequilíbrio entre a garantia jurisdicional de direitos e a democracia eletiva, entre a CEDH e as demais jurisdições; a perspectiva atual de um falso “diálogo” que está se aproximando, na realidade, de uma competição estratégica ou de um “monólogo” não pôde ser abordada. Na doutrina majoritária, o “diálogo dos juízes” tornou-se uma reflexão intelectual, preguiçosa, que contribui para neutralizar o espírito crítico. É “uma fortaleza que deve ser demolida ou reconstruída”²².

O direito constitucional nacional, em muitos países, e sobretudo o direito constitucional europeu, tornou-se um direito de desconfiança, de “garantia” e, é claro, perdeu o caráter de “empoderamento”: possibilitando o debate político, a participação cidadã, afinal, a integração do pluralismo social. O dogma representativo triunfa com juízes erguidos como novos guias da vontade geral, moralidade e felicidade coletiva. A sacralização do Poder Judiciário assume o aspecto de uma ideologia. A “revolução digital” derrubará essas antigas crenças, que irão sublinhar o arcaísmo das instituições representativas no constitucionalismo multinível.

2 A VISÃO ARCAICA DAS INSTITUIÇÕES REPRESENTATIVAS NO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

À maneira de uma maré crescente que inunda todos os portos, todos os estuários, a *revolução da sociedade digital* poderia, muito em breve, invadir todos os ramos do direito constitucional. Com brutalidade, os “coletes amarelos” são a expressão dos primeiros choques de uma imagem conceitual agonizante.

²¹ V. Zorkin, “La Convention européenne des droits de l’homme et les problèmes de sa mise en oeuvre”, *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, n. 3-2016, p. 371-383. Também, B. Mathieu, *Justice et politique: la déchirure?* Éd. Lextenso, coll. Forum, 2015.

²² P.-Y. Monjal, “Dialogue”, in *Abécédaire du droit de l’Union Européenne. En l’honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, Presses Universitaires de Rennes, 2017, p. 148. Para outros trabalhos desmistificando o “diálogo dos juízes”, ver P.-Y. Monjal, P. Jan, Ch. Geslot (Dir.), *La concurrence des juges en Europe: le dialogue des juges en question(s)*, éd. Clément Juglar, 2018. Kavanagh A., “The Lure and the Limits of Dialogue”, *University of Toronto LJ*, v. 66, 2016, p. 83-120; G. de Vergottini, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2013; Law D., Chang W., “The limits of global judicial dialogue”, *Washington Law Review*, v. 86, 2011. p. 523-577.

2.1 A TORTUOSA HISTÓRIA DA DEMOCRACIA

Toda a história da “democracia”, desde a era ateniense, é a história de uma adaptação e uma evolução. Primeiro, era necessário livrar-se das estruturas escravistas originais, quando a disponibilidade dos cidadãos era alcançada às custas da servidão de outros. Segundo, encontramos o desafio do sufrágio universal, da chegada das massas ao coração da vida política, o perigo da versatilidade, da paixão coletiva, o perigo da tirania das maiorias. Então, a chegada das mulheres, dos partidos políticos, dos direitos sociais, da proteção das minorias, o advento do controle constitucional, a “vitória mundial” do juiz constitucional de acordo com a expressão de Peter Häberle²³. Agora, as democracias precisam aceitar a padronização do tratamento jurisprudencial de direitos e liberdades devido ao peso de convenções internacionais e tribunais supranacionais especializados em proteção de direitos humanos. É o momento da abertura de ordens internas aos imperativos do direito internacional, do direito da União e da lógica da globalização. Quão distante parece a representação etimológica da democracia (*demos – cratos*)!

Como observado por Joseph Schumpeter (*Capitalismo, socialismo e democracia*, 1942), a leitura correta da “democracia” impõe desvalorizar a etimologia da própria palavra. O conceito de “mitologia de suas origens” deve ser refinado para confrontá-lo com o presente e a experiência histórica das instituições. Desde a Segunda Guerra Mundial, para desviar-se da suspeita autoritária, um regime deve não apenas favorecer eleições livres e regulares, mas também respeitar vários requisitos: a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, a responsabilidade política, o princípio deliberativo, a independência dos juízes etc. Afinal, um tipo de relacionamento combinado é traçado entre a *origem* do poder (sufrágio universal, mecanismos de participação direta), sua *finalidade* (proteção do catálogo de direitos, aceitação de tratados internacionais relacionados a direitos humanos, o processo equitativo) e seus *procedimentos* de exercício (responsabilidade dos governantes, comunicação constante entre a esfera social e a esfera pública, contrapeso dos órgãos de controle...) ²⁴. Três pilares das democracias contemporâneas, três raízes – duas das quais acompanhavam a mais antiga, a vontade do povo –, que se combinam, estabelecendo o novo

²³ P. Häberle, *L'Etat constitutionnel*, Economica (trad. C. Grewe), coll. Droit public positif, 2004, p. 140.

²⁴ Para mais detalhes, ver S. Pinon, “La notion de *démocratie* dans la doctrine constitutionnelle française”, *Revue Politeia*, n. 10-2006, p. 465-468. Também nosso estudo: “Le déficit démocratique de l'Union européenne: mais quel déficit?”, in F. Lanchester (Dir.), *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, ed. Giuffrè, coll. Quaderni di Nomos, fév. 2016, p. 537-553.

equilíbrio do conceito. Mas a hegemonia do *Estado de Direito* – da *finalidade* do poder – causou uma quebra estrutural do equilíbrio e, é claro, a inevitável crise do modelo democrático.

2.2 O DESAFIO DA REVOLUÇÃO DIGITAL

Com a sociedade digital que invade tudo, outras crises graves e inversas estão surgindo, levando a outros desequilíbrios favoráveis, dessa vez à origem popular do poder (participação, controle frenético...). Uma nova etapa se abre na história da democracia, quase uma “revolução”. Neste contexto, a visão clássica do mandato representativo não pode ser mantida, o que estabelece uma distância inevitável entre os eleitores e os eleitos. Porque foi ensinado desde os tempos de Sieyès ou de Madison que apenas estes têm a capacidade de expressar a vontade geral e capturar o bem comum. Hoje, após a vigilância permanente da sociedade “conectada”, ocorre a *fusão*, transformando os eleitos em meros porta-vozes dos eleitores.

Toda a história pode ser resumida em uma luta contra os impulsos violentos do homem; uma luta empreendida pela educação, pelo acesso à cultura. Como Victor Hugo disse: “Quem abre a porta de uma escola fecha uma prisão” (“*El que abre la puerta de una escuela cierra una prisión*”). Utilizando o vocabulário da psicanálise, a construção da humanidade é a história do “eu”, canalizada pelo “superego”. O “eu” representa a instância inconsciente que contém todos os impulsos. É o polo dos instintos primitivos de cada um, o “lugar do caos” de acordo com a fórmula de Sigmund Freud, “a chaleira cheia de emoções ferventes”, enquanto o “superego” representa padrões morais, o polo de internalização de proibições dos pais e da sociedade. Quanto ao “eu”, trata-se do indivíduo em sua vida cotidiana, que incorpora em suas ações a presença do “superego”. Em outras palavras, o homem penetrado pela civilização.

A cultura selvagem da “Internet” e das redes sociais, com a proliferação de notícias falsas, com esse fascínio mórbido por tramas, de todos os tipos, insultos, voyeurismo, teria pulverizado o “superego”, abandonando, assim, o indivíduo sob a influência direta e perigosa de “eu”. Da mesma forma que a descoberta da imprensa ou a chegada da eletricidade, a sociedade digital entra na história como uma “revolução”. Está implementando uma nova cultura de hipernarcisismo. Porque essa revolução facilita a difusão da voz de cada um, a opinião de cada um, sobre todos os assuntos, o que leva a criar a ilusão de conhecimento, de poder. É realizada uma equalização das informações, das análises, *The Death of Expertise*, de acordo com o título do livro de Tom Nichols (Oxford Univ Press, 2017). Na ‘web’, as redes sociais, que estão projetadas sobre

a sociedade há uma década, portam os germes da barbárie. Há um ataque geral contra o conhecimento, contra as contribuições da ciência, que coincide com o crescente apoio do “populismo”²⁵.

A “revolução” da sociedade digital tem um escopo multidimensional: cultural, educacional, antropológico, econômico etc. Há também consequências institucionais indiretas por meio de uma nova vontade imoderada de participar, monitorar e assediar representantes. As redes sociais reduzem cada vez mais a distância entre os que estão no poder e os outros, o que, sem dúvida alguma, condena em curto prazo as estruturas clássicas da democracia representativa. Portanto, é necessário imaginar novos mecanismos de participação direta e outros modos de representação. Na história muito rica e imprevisível da “democracia”, ocorreu o advento do “povo eleitor” (com sufrágio universal, partidos políticos, voto das mulheres); depois, o advento das “pessoas sociais” (com direito a greve, sindicatos, Estado de Direito Social, exigência de “diálogo social” durante a elaboração da lei...); hoje, a chegada dos “digitalizados por pessoas” (com Internet e novas redes de comunicações); logo, se observa o “aumento das pessoas” por inteligência artificial.

Por mais de uma década, em seus escritos, Francisco Balaguer Callejón incentiva a atravessar fronteiras nacionais para entender as evoluções do “direito constitucional”, atravessado por uma nova realidade: a interseção de ordens legais. Com efeito, manter uma visão “*stato-centrada*” constitucional equivale a adotar uma visão amputada do sujeito. Pensar a “democracia” implica a mesma lógica. Conseqüentemente, o *constitucionalismo multinível* deve combinar-se naturalmente com a *democracia multinível*, conquistando verdadeiros direitos “políticos” ao nível da União. Mas a União Europeia está atualmente sofrendo uma série de crises coagulantes: econômica, institucional, de identidade, e crise moral com o problema dos migrantes. A restauração da União exigirá um esforço de imaginação, em todos os campos, inclusive no direito.

2.3 INVENTAR UM NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL MULTINÍVEL

Os novos desafios do direito constitucional na França – abrir instituições para direcionar a participação cidadã, mudar o modo de representação – também são desafios para o direito constitucional multinível.

Ao observar o quadro institucional da União, destacam-se três aberrações. A primeira reside na desvalorização do Parlamento Europeu na nova

²⁵ L. Cohen Tanugi, *Résistances: la démocratie à l'épreuve*, éditions de l'observatoire, 2017, p. 52.

“governança econômica”, instalada desde 2008. Mais e mais doses de “agências” especializadas, promovidas pela Comissão Europeia, de vários mecanismos de controle (MEDE, MUS, PDM...), e cada vez menos representantes eleitos. É outro exemplo da “epistocracia” que mergulha o futuro da integração. O segundo assume a forma de um anacronismo, aceitável no tempo de Jean Monnet, mas que hoje se torna insuportável. Eu quero falar sobre a fórmula do art. 17 do TUE: “A Comissão promove o interesse geral da União...”. É o símbolo perfeito de uma visão elitista ou aristocrática do poder, um tributo às teses liberais do século XIX, segundo as quais apenas representantes têm acesso à “razão”. Nessa tradição, o único objetivo das eleições era selecionar os mais esclarecidos, os mais capazes de expressar, com total independência, a vontade geral. Era a época do triunfo do “governo representativo”, apresentado nos escritos de Adhémér Esmein como um tipo de regime superior e preferível ao “governo democrático”.

Uma formulação mais aberta do artigo 17.º deve abranger também uma extensão dos titulares da iniciativa de atos legislativos para incluir, por exemplo, os grupos do Parlamento Europeu ou uma minoria de parlamentos, o Comitê Econômico e Social Europeu, o Comitê Europeu das Regiões, bem como por verdadeira iniciativa cidadã. De fato, o procedimento atual previsto no art. 11.4 do TUE é uma ficção da participação popular que mais uma vez dá origem ao papel central da Comissão neste campo. A terceira aberração está localizada ao lado do Tribunal de Justiça da União. Segue tendo *status* de instituição secundária – com a nomeação de seus membros confiscados pelos governos nacionais – e ainda é uma chave para a história da integração. Nos Estados-membros que praticam o modelo “concentrado” de justiça constitucional, a presença de um padrão comum é apreciada: o voto das câmaras para escolher a totalidade dos juízes ou parte deles. A União Europeia poderia inspirar-se por esse tipo de legitimidade parlamentar.

O crescimento da extrema-direita, dos partidos antieuropeus ou antissistema, destaca outra fraqueza do Tratado de Lisboa, referente à participação dos parlamentos nacionais na elaboração da legislação europeia. A ideia não figurava nos grandes projetos de estabelecimento de uma Europa federal, o plano Altiero Spinelli, por exemplo. Numa formulação voluntarista (e acima de tudo idealista), o artigo 12.º do TUE indica que “os Parlamentos nacionais contribuem ativamente para o bom funcionamento da União”. Foi o período de todas as ilusões sobre o “diálogo” dos juízes. Os escritos críticos sobre os efeitos indiretos da retórica do “diálogo” ainda não haviam aparecido – todo o contrário de uma fórmula neutra –, que inevitavelmente serve aos interesses de seus atores e à arrogância da instituição judicial. De uma ilusão para outra

(ou de uma “mistificação” para outra), os editores do tratado decidiram dar o passo. Após o diálogo dos juízes, a formalização do diálogo parlamentar chegaria. Mas que coerência existe por trás desse novo modelo “dual” de expressão democrática? O Parlamento Europeu, por um lado; a diversidade de quarenta e uma câmaras nacionais, por outro lado. Os riscos da competição de legitimidades e a paralisia das grandes reformas ocorreram desde o início. Na prática, a “mão invisível” que deveria iniciar uma sinergia comum capaz de neutralizar os diferentes egoísmos nacionais não aparece. O verme está no fruto, porque hoje são os parlamentos da Hungria, Polônia, República Tcheca, Itália que participam da aplicação do princípio da subsidiariedade e aqueles que devem contribuir “ativamente para o bom funcionamento da União”.

Antes do fracasso do Parlamento Europeu em sua missão de aumentar a legitimidade democrática da União, foi apostado na primeira década do século XXI por ajuda construtiva dos diferentes parlamentos dos Estados membros. Mais de dez anos depois, o diagnóstico é o mesmo, mas os remédios precisam ser alterados. Talvez a “ajuda” possa vir de outra família do parlamento, um parlamento único, que difere radicalmente de uma instituição escolhida pelo sufrágio universal. Em um período de mutação dos pilares tradicionais da democracia – não apenas no nível conceitual, mas também no nível institucional –, pode-se sentir autorizado a abandonar as reflexões do passado e dos velhos dogmas.

Foi publicado recentemente em *El País* (11 de janeiro de 2019) um artigo muito interessante do Professor Agustín Ruiz Robledo, intitulado “Um Senado impossível”. Sublinha o papel na Irlanda do Senado “profissional”, apoiado pela confiança do povo (53% no referendo de 2013), que defende a seguinte ideia: A câmara alta é útil porque “personalidades independentes podem contribuir com seu próprio ponto de vista para os assuntos do estado, sem responder à lógica dos partidos”. Mas não compartilho sua conclusão ao escrever sobre a perspectiva de uma *Câmara da sociedade civil ou da pluralidade social*: “Neste ponto do século 21, seria impossível procurar essa composição”. Precisamente, penso que o novo século reúne as condições para o sucesso desse tipo de câmara, nacional e talvez supranacionalmente²⁶. Claro que, todavia, está viva a memória

²⁶ Para mais detalhes, S. Pinon, “La représentation parlementaire des groupes sociaux et des intérêts professionnels: une perspective à oublier?”, in C. M. Herrera, S. Pinon (Dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, op. cit., p. 115-134. Neste estudo, destaquei os escritos esquecidos de L. Duguit e P. Mendès-France para abrir um debate paralisado na França desde o fracasso do referendo de 1969, cujo objetivo era transformar o Senado em uma Câmara de interesses econômicos, sociais e territoriais; uma Câmara “*des forces vives*” da nação proclamada Charles de Gaulle. Em 2015, Dominique Rousseau contará com os mesmos autores para defender a ideia de uma

das câmaras corporativas do sul da Europa na época do triunfo do fascismo ou salazarismo. Contudo, como Paul Valery apontou, é necessário levar a história com mais humildade, porque “a história justifica tudo o que se quer, não ensina nada rigorosamente, pois contém tudo e dá tudo um exemplo” (*Regards sur le monde actuel*, 1931). Existem dificuldades óbvias, especialmente materiais – a identificação dos setores da sociedade a serem representados, a distribuição de assentos entre eles, a questão das comunidades religiosas etc. –, mas pelo menos quatro elementos permitem hoje defender esta reforma.

Primeiro item. O fato de ser uma ideia (uma câmara de interesses sociais e econômicos) que também pertence ao debate republicano e democrático. Foi inaugurado pelos constituintes da República de Weimar – dominados pelos socialistas – tentando articular o indivíduo abstrato e o indivíduo social. Na França, professores de direito público famosos apoiaram a reforma (Léon Duguit, Marcel Prélot, Maurice Deslandres), bem como líderes políticos moderados (Charles de Gaulle, Paul Coste-Floret ou Pierre Mendès-France). Segundo elemento. O conceito de povo mudou. A visão de um “povo de transcendência” (a herança da Revolução de 1789 desapareceu), concebido em torno da mística da união. Pelo contrário, um “povo de singularidades” é implantado, com reivindicações de identidades regionais, culturais, religiosas, linguísticas, que reivindicam o direito de representação, em sua pluralidade sociológica. Terceiro argumento. Estamos diante de uma mutação da própria representação, ilustrada pelo movimento dos “coletes amarelos”. Dinamizado pela revolução da sociedade digital, é o retorno do mandato imperativo, em uma forma de “semelhança de representação” (longe da tradicional “representação a distância”). Quarto argumento. Seria a ocasião para institucionalizar e canalizar uma nova geração de contrapoder – os “contrapoderes sociais” –, que não se refere aos partidos ou sindicatos tradicionais, mas à nova pluralidade que compõe a sociedade civil.

Estudar o direito constitucional multinível impõe projeção além do quadro das constituições nacionais. O Tratado de Lisboa anunciou sua intenção de favorecer o peso da “sociedade civil” (art. 11.2 do TUE) em uma perspectiva democrática mais aberta. No entanto, a sociedade civil continua a agir com muita frequência de maneira oculta, por meio da ação de *lobby*. Com a presença de um órgão representativo de outro tipo – chamada, por exemplo, “Grande Câmara do Poder do Cidadão” –, a sociedade civil teria um fórum real de discussão e

Terceira Assembleia, a “Assembleia Social”, porém limitada a uma função deliberativa (*Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, op. cit., p. 139-151). Desde sua eleição em 2017, o Presidente Macron considera a perspectiva de uma Assembleia da “sociedade civil”, que ele apresenta como um “fórum da República”.

deliberação, com capacidade de interferir na elaboração da legislação da União. Essa inovação institucional pode ter um impacto relevante nas opiniões públicas e modificar a visão da Europa, muitas vezes percebida como uma aventura liderada por um círculo de elites longe das realidades sociais. A partir de agora, a “Grande Câmara” poderá substituir o Conselho Econômico e Social Europeu, superando-o tanto em termos de representação (muito mais diversificado) quanto de poderes.

Por meio dessas primeiras linhas de reforma – que não são suficientes –, pode ser possível impedir que o *constitucionalismo “econômico” multinível* se combine com um *“governo dos juízes” multinível*.

A “revolução” da sociedade digital ganha terreno; está às portas do direito constitucional. Novos desafios se acumulam diante de nossas antigas democracias liberais. O frenesi *participativo* pode enfraquecer o dogma *representativo*, sacudindo as sociedades de um desequilíbrio para o outro. Ao descobrir o texto da Constituição da Quinta República, durante o verão de 1958, o filósofo Jean-Paul Sartre escreveu um artigo intitulado “A Constituição do desprezo”. O texto ocupava a primeira página do famoso semanário *L’Express*. Sem uma reorientação do constitucionalismo multinível em direção a uma presença política real dos povos, corremos o risco de incentivar a denúncia de um “constitucionalismo multinível do desprezo”.

Submissão em: 26.11.2019

Avaliado em: 21.10.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.10.2020 (Avaliador B)

Aceito em: 22.10.2020

**“OLHOS QUE CONDENAM”: UMA ANÁLISE
AUTOETNOGRÁFICA DO RECONHECIMENTO
FOTOGRAFICO NO PROCESSO PENAL¹**

*“WHEN THEY SEE US”: CRITICAL ANALYSIS OF PHOTOGRAPHIC
RECOGNITION IN CRIMINAL PROCEDURE*

Camila Cassiano Dias²
Advogada

ÁREA(S): Direito processual penal; criminologia; estudos críticos raciais.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar, sob um ponto de vista autoetnográfico, de que maneira o racismo vem influenciando o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, especificamente nos casos de furto e roubo.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze, from an autoethnographic point of view, how racism has influenced the photographic recognition carried out at the police headquarters, specifically in cases of theft and robbery.*

PALAVRAS-CHAVE: Autoetnografia; estereótipo; processo penal; racismo; reconhecimento fotográfico.

KEYWORDS: *Autoethnography; stereotype; criminal procedure; racism; photographic recognition.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da escola clássica do direito penal à criminologia crítica na América Latina: o desenvolvimento do estereótipo de pessoa criminosa; 2 Criminalização, estereótipos e racismo: o direito penal à luz dos estudos críticos raciais; 3 “Olhos que condenam”: uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 From the classic criminal law school to critical criminology in Latin America: the development of the stereotype of criminal person; 2 Criminalization, stereotypes and racism;*

¹ Prêmio Ajuris Direitos Humanos – Edição 2019 – Trabalho Premiado.

² Pós-graduanda em Direito Processual. Graduada em Direito na Universidade Federal de Santa Maria. E-mail: camila_dias@outlook.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0018091820678561>.

criminal law in the light of racial critical studies; 3 “when they see us”: an autoethnographic analysis of photographic recognition; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

No ano de 2018, o caso de Barbara Querino de Oliveira ganhou repercussão nacional, pois a jovem, negra, foi denunciada pela prática do crime de roubo com base, unicamente, no reconhecimento fotográfico que sequer respeitou as previsões do Código de Processo Penal. Do mesmo modo, durante o estágio profissional realizado junto a uma Promotoria de Justiça Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, vislumbrei um padrão eivado de ilegalidades na forma como os reconhecimentos fotográficos eram realizados no curso do inquérito policial.

Com base nisso, nesta pesquisa parto do seguinte questionamento: de que maneira o racismo influencia o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial, especificamente nos casos de furto e roubo? A fim de responder ao questionamento proposto, opto pelo método autoetnográfico, compreendido como uma forma de construir um relato a partir de si mesmo³. A autoetnografia, destaque, é utilizada tanto na investigação quanto na escrita, tendo como finalidade a compreensão de uma experiência cultural por meio da descrição e da análise sistemática de uma experiência pessoal⁴.

Nesse contexto, afirmo que o presente trabalho tem uma proposta distinta da maioria dos artigos acadêmicos, uma vez que o problema jurídico em questão não é analisado a partir de princípios abstratos, mas, sim, a partir de uma experiência pessoal enquanto integrante de uma minoria racial⁵. O método apresenta-se, portanto, como uma alternativa à produção acadêmica branca e hegemônica.

Destaco que a escolha pelo método foi norteadada pela noção de que a complexidade dos fenômenos jurídicos não é comportada apenas pelo próprio Direito, sendo necessária uma abordagem que dialoga com outras áreas do saber que incluem as vozes dos sujeitos que integram o objeto do estudo no próprio

³ SANTOS, Silvio Matheus Alves. O método da autoetnografia na pesquisa sociológica: atores, perspectivas e desafios. *Plural – Revista de Ciências Sociais*, v. 24, n. 1, p. 214-241, 2017.

⁴ Ibidem.

⁵ MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 18, n. 7, p. 393-420, 2017.

estudo⁶, como faz a autoetnografia. Veja-se, no entanto, que a pesquisa não perde seu caráter científico, pois a autoetnógrafa não se desinteressa ou subjuga o rigor científico⁷, permitindo que a autoetnografia apresente-se como processo e também produto da pesquisa científica⁸.

Para viabilizar o presente trabalho, adoto a técnica de pesquisa bibliográfica para apresentar o conceito de criminalização no contexto do direito penal, sob o viés criminológico, bem como expor os processos de criminalização primária e secundária em face das pessoas recrutadas pelo sistema penal. Ainda, através da técnica de pesquisa bibliográfica, discorro sobre o processo de criminalização da população negra no Brasil a partir de 1889, após a abolição da escravatura, até os dias atuais, momento em que a atuação penal é justificada, basicamente, pela guerra às drogas. A pesquisa documental, por sua vez, é empregada na análise dos autos de reconhecimento fotográfico realizados nos processos que tramitam em uma vara criminal do interior do Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, devo mencionar que o título do presente trabalho é uma referência à minissérie “Olhos que condenam”, que retrata a história de cinco adolescentes negros do Harlem, bairro de *Manhattam*, em Nova Iorque, historicamente conhecido como um centro cultural da população negra local. Os cinco jovens foram injustamente acusados e condenados por um crime de estupro cometido em 19 de abril de 1989 contra uma mulher branca⁹. À época, os jovens foram acusados, a exemplo do que ocorreu com Barbara Querino, com base em reconhecimentos realizados por testemunhas em sede policial.

1 DA ESCOLA CLÁSSICA DO DIREITO PENAL À CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA: O DESENVOLVIMENTO DO ESTEREÓTIPO DE PESSOA CRIMINOSA

Considerada a primeira escola do direito penal, a escola clássica surgiu no século XVIII concomitantemente com as revoluções burguesas na Europa,

⁶ FERREIRA, Gianmarco Loures; IGREJA, Rebecca Lemos. Narrativas como metodologia crítica para o estudo das relações raciais no Direito. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, v. 3, n. 1, p. 62-79, 2017.

⁷ LOPES, Rodrigo Alberto. *Semear-se (em) um campo de dilemas: uma autoetnografia de um professor de educação física principiante na zona rural de Ivoti/RS*. 2012.

⁸ ADAMS, Tony; BOCHNER, Arthur; ELLIS, Carolyn. Autoethnography: an overview. *Historical Social Research*, v. 36, 2011.

⁹ INNOCENCE PROJECT. Exoneration Anniversary: Central Park Five. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/exoneration-anniversary-central-park-five/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

cujo caráter iluminista refletiu na compreensão da sociedade acerca do crime, bem como nas instituições relacionadas ao direito penal. Assim, em manifesta oposição às penas físicas e a total inexistência de garantias em face das pessoas acusadas, a escola clássica pautava a racionalização e a limitação do poder punitivo, bem como sua desvinculação da moral ética e religiosa.

Já o estudo antropológico do crime, sob a ética científica-causal, teve seu início ainda no século XIX, oportunidade em que a criminologia surgiu com a função específica de individualizar os fatores que conduzem ao comportamento criminoso¹⁰. Foi nesse contexto que Lombroso ocupou-se de estudar as causas e fatores da criminalidade¹¹, o que culminou no desenvolvimento do paradigma etiológico do criminoso – responsável, até os dias atuais, por diversas práticas racistas no curso do processo penal.

Os estudos criminológicos da época, voltados muito mais para o agente e seus fatores biológicos, consideravam que o fenômeno da criminalidade possuía caráter hereditário, sendo, portanto, inerente ao indivíduo¹². Em outras palavras, segundo a teoria lombrosiana, a pessoa criminosa trazia consigo os atributos de um grupo específico, cujas características físicas eram vistas como biologicamente inferiores até mesmo pela comunidade científica, nos termos do embasamento teórico apresentado pelas teorias racialistas do século XIX¹³.

Em contrapartida, Durkheim apresentou uma interpretação sociológica que conduziu ao primeiro rompimento com o positivismo, uma vez que deslocou o olhar teórico da pessoa delinquente para a ruptura que determina a violação à norma¹⁴. Para o sociólogo, o desvio compreendia um fato social normal, de maneira que o comportamento desviante seria não apenas necessário, mas também útil para o equilíbrio das relações sociais – e é nesse ponto que reside o caráter estrutural-funcionalista dessa teoria criminológica¹⁵.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal* – Introdução do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

¹¹ *Ibidem*.

¹² LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, v. 80, 2007.

¹³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 99-133, 1993.

¹⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 128.

¹⁵ *Ibidem*.

Sob o ponto de vista de Durkheim, o desvio, para ser assim entendido, necessita de uma reação da sociedade, uma vez que esta é elemento fundamental para que o comportamento seja rotulado como desviante. Dito de outro modo, “para que um comportamento seja desviante ou criminoso, não basta que esteja assim definido social ou juridicamente, mas que haja uma reação social frente à sua prática”¹⁶.

O elemento da reação ao desvio é ainda mais evidente na criminologia da reação social, segundo a qual a maior diferença entre uma pessoa criminoso e uma não criminoso é a condenação, uma vez que o comportamento criminoso, por si só, é geral¹⁷. Nesse contexto, a funcionalidade do crime se converte ao tornar a pessoa delinquente estereotipada um bode expiatório da sociedade, para quem se dirige toda a carga manifestamente agressiva das classes baixas da sociedade, que, sem isso, seriam direcionadas às classes média e alta. Tem-se, portanto, a classe econômica enquanto fator de análise criminológica.

Neste sentido, a teoria do etiquetamento vai além: não apenas determinadas classes são mais sujeitas a terem suas condutas definidas como criminosas, adquirindo o sujeito, portanto, um caráter de delinquente, mas, para além disso, a reação social configura-se de tal maneira que, “uma vez apontado o delinquente estereotipado, impede-se que escape ao seu papel sacrificial e seus antecedentes institucionais delitivos mantêm esta identidade”¹⁸.

A teoria do etiquetamento, portanto, ocupou-se não apenas da pessoa delinquente, do delito ou do que leva alguém a delinquir, mas também dos efeitos que a estigmatização opera em face da pessoa desviante. No ponto, Becker¹⁹ aduziu que seu interesse nas características pessoais e/ou sociais das pessoas desviantes era menor que o interesse que possuía no processo pelo qual essas pessoas passam a ser consideradas desviantes. Além disso, o autor concluiu que a lei é aplicada de maneira diferencial a pessoas negras e pessoas brancas, uma vez que regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas do que a outras²⁰.

¹⁶ BUDÓ, Marília. *Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 148. Galaxia. p. 32.

¹⁷ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

¹⁸ *Ibidem*, p. 127.

¹⁹ BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

²⁰ *Ibidem*.

Ainda que as teorias da reação social tenham representado um marco frente às demais teorias, ainda existia uma insuficiência nos apontamentos realizados. O materialismo necessário para analisar o sistema penal ganhou força tão somente a partir dos anos de 1970 através da criminologia crítica, aqui representada pelos estudos foucaultianos em *Vigiar e punir*, que sustenta a existência de uma relação direta entre o processo de criminalização, objeto principal de análise da criminologia crítica, e o sistema capitalista²¹.

Mas, se por um lado as críticas sociológicas nos países centrais surgiram somente após um longo período de discursos jurídico-penais sem grandes variantes, no contexto latino-americano a ausência de crítica sociológica ou criminológica revelou-se particularmente insustentável “em razão da gravidade dos resultados práticos da violentíssima operacionalidade dos sistemas penais”²². Uma das grandes contribuições da criminologia latino-americana foi compreender que a criminalização não atinge da mesma forma todos os corpos, uma vez que é impossível para o Estado, através das agências do sistema penal, fiscalizar e criminalizar todas as condutas tipificadas²³.

Por esse motivo, o Estado obriga-se a escolher quais condutas efetivamente serão passíveis de criminalização, a despeito das condutas tipificadas, a fim de evitar que todos sejam, por diversas vezes, conforme sustentou Zaffaroni²⁴, criminalizados pelo sistema penal. A escolha estatal, no entanto, não é orientada pelo acaso, mas por uma política criminal discriminatória baseada em ideais fundamentalmente racistas e classicistas, uma vez que a vulnerabilidade social dos indivíduos traz à tona a possibilidade da seleção penal, que, em regra, recai sobre os sujeitos que são destituídos de defesas ao poder punitivo estatal²⁵.

Essa criminalização, seletiva, ocorre em dois momentos distintos, sendo a criminalização primária aquela operada pelo Poder Legislativo ao tipificar

²¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288 p.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas - A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 35.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ NICOLITT, Cipriana; DA COSTA, Gisele França. Funcionamento seletivo e parcial do sistema penal: criminalização e estigmatização. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malagutti e Nilo Batista. [ilustrações J. Batista]. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

condutas que devem ser punidas pelo Poder Judiciário. A criminalização secundária, por sua vez, é a ação punitiva que acontece quando as agências de criminalização secundária detectam uma pessoa que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado primariamente. O caráter igualmente seletivo da criminalização secundária reside no fato de que “os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem”²⁶.

Com efeito, conclui-se que inexistiu um ato delitivo por natureza e o delito, portanto, é assim definido por quem tem poder suficiente para criminalizar condutas de classes subalternizadas. No Brasil, essa dicotomia é perfeitamente representada pela questão racial, uma vez que, desde o período pós-abolição, tem-se o avanço de um projeto de criminalização que tem como alvo não as condutas, mas os agentes em potencial.

2 CRIMINALIZAÇÃO, ESTEREÓTIPOS E RACISMO: O DIREITO PENAL À LUZ DOS ESTUDOS CRÍTICOS RACIAIS

A história demonstra que o projeto de criminalização de corpos negros, pelo direito penal e o sistema carcerário brasileiros, teve início logo após a abolição da escravidão, com a criação de normas penais que incidiriam tão somente em face da população negra. Isso porque, em que pese o fim da escravidão enquanto modo de exploração de mão de obra, a ideologia racista que estruturou a sociedade brasileira desde a época de sua colonização não desaparece rapidamente²⁷.

À época, o racismo se sofisticou de tal forma que há quem diga que não existe racismo no Brasil²⁸, argumento comumente embasado no fato de inexistir leis de caráter manifestamente segregacionistas, a exemplo da Lei Jim Crow, nos Estados Unidos, e o regime do *apartheid*, na África do Sul. Mas, se por um lado a dinâmica norte-americana e a sul-africana constituíram-se através de um conjunto de leis explicitamente segregacionistas, por outro o Estado brasileiro empregou táticas discriminatórias que, em que pese seu caráter mais sutil, eram igualmente perversas²⁹. Dito de outro modo, as diferenças entre políticas discriminatórias

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 27.

²⁷ BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento Editora e Livraria Ltda, 2018.

²⁸ CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Feusp, 2005.

²⁹ BORGES, Juliana. Op. cit.

como as impostas pelo Estado brasileiro e políticas segregacionistas como a *Jim Crow*, enquanto sistemas de controle social racializados, não afastam a perversidade e o caráter racista dessas práticas³⁰.

A tese de que não existe racismo no Brasil, portanto, não se sustenta. Destaco que a criminalização e a construção do estereótipo de agente delitivo surgiram ainda no século XIX, com o Código Criminal do Império Brasileiro³¹, uma das primeiras normas penais criminalizadoras de condutas da população negra recentemente liberta do País. O referido diploma repressivo legal ocupava-se de criminalizar expressões da cultura negra como a capoeira, tipificada como capoeiragem e vadiagem, bem como as atividades econômicas exercidas pelas mulheres negras³².

Posteriormente, foram criadas as Colônias Correccionais por meio do Decreto nº 145³³, que objetivava retirar do convívio social aquelas pessoas consideradas perigosas, como “capoeiras, vadios, maiores de 21 anos, bêbados e mendigos”. As Colônias Correccionais eram frequentemente ocupadas por camadas mais vulneráveis da sociedade, uma vez que a definição de vadios, vagabundos e capoeiros dependia da discricionariedade das forças policiais, bem como da corte julgadora³⁴.

Nesse contexto, a mudança na mentalidade no período após a abolição veio acompanhada de uma alteração expressiva no direito penal, que encontrava justificativa junto aos racialistas europeus do século XIX. Assim, a criminalidade era justificada através das características biológicas de cada sujeito, pois o momento da liberdade do povo negro coincidiu com “o surgimento de um

³⁰ ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

³¹ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

³² SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/topoi/v5n8/2237-101X-topoi-5-08-00138.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.

³³ BRASIL. Decreto nº 145, de 11 de julho de 1893. Autorisa o Governo a fundar uma colonia correccional no Proprio Nacional Fazenda da Boa Vista, existente na Parahyba do Sul, ou onde melhor lhe parecer, e dá outras providencias. Capital Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-145-11-julho-1893-540923-publicacaooriginal-42452-pl.html#:~:text=Autorisa%20o%20Governo%20a%20fundar,parecer%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20providencias>>. Acesso em: 5 jun. 2019.

³⁴ SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Op. cit.

discurso científico, etnológico, que tentava instituir para ele uma nova forma de inferioridade, retomando os ensinamentos de nossa história escravista recente”³⁵.

Quando escravos e escravas recém-libertas perderam, ao menos em tese, seu *status* de propriedade dos detentores de terra, o racismo passou por um processo de reestruturação. Considerando que a suposta inferioridade das pessoas negras não mais serviria para justificar a exploração de sua mão de obra em um contexto onde o modo de produção vigente era o escravagista, a justificativa racial tornou-se, portanto, argumento para o desenvolvimento de uma nova tática discriminatória: a exclusão e a criminalização.

Uma vez que as leis tinham como finalidade a criminalização de grupos específicos com base em suas características, evidente o caráter lombrosiano das normas penais vigentes à época. Em suma, acreditando na inferioridade biológica e cultural da população negra, as classes dominantes utilizaram-se da norma penal para manter um sistema de classes racializado, onde quem possuía a escravidão como parte de sua história era, mesmo antes de qualquer conduta desviante, objeto de incidência do sistema penal.

No que respeita o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941, cumpre destacar que ambos são isentos de legislação específica sobre a população negra³⁶. No entanto, ainda que a prática racista não estivesse expressamente prevista na legislação promulgada, o racismo das instituições de controle havia deixado resquícios na atuação das agências de criminalização secundária, representadas pelo Poder Executivo, uma vez que a criminologia positivista consolidou-se como o suporte teórico do treinamento policial da época³⁷.

Naquele contexto, a associação da população negra às drogas, criando mais um estereótipo racista, estava vinculada, novamente, ao pensamento lombrosiano que, neste contexto, era sustentado em grande parte por Rodrigues Dória. O médico apresentou um estudo denominado “Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício”, oportunidade na qual se referiu à população negra

³⁵ CORRÊA, Mariza. *Ilusões da liberdade: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. Bragança Paulista: Editora da Universidade de São Francisco, 2001. p. 49.

³⁶ BORGES, Juliana. Op. cit.

³⁷ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

como “raça prêta, selvagem e ignorante” que estragava seu robusto organismo através do vício às drogas³⁸.

Ao discutir estratégias de controle de corpos e a sua relação com a política de drogas, inevitável mencionar a guerra às drogas no contexto do século XXI, vez que a Lei nº 11.343 foi a responsável pelo maior encarceramento já promovido na história brasileira. Em 2006, o número de presos no País era 401,2 mil e, segundo dados do Infopen³⁹ após dez anos, a população carcerária masculina alcançou um total de 726,6 mil pessoas. Por sua vez, o Infopen Mulheres⁴⁰ informa que, em 2006, o sistema prisional contava com 17,2 mil presas e, apenas dez anos após a promulgação da Lei de Drogas, o número de mulheres em situação de cárcere totalizava 42,4 mil.

No ponto, uma das maiores problemáticas envolvendo a referida legislação reside na discricionariedade aferida à figura do órgão julgador, responsável por distinguir as figuras do traficante e do usuário “atendendo às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”⁴¹, condições nas quais pessoas negras e pobres são, invariavelmente, as mais prejudicadas⁴².

Dessa forma, a proposta de extermínio promovida pela guerra às drogas encontra-se amparada em um ideal de defesa da sociedade de um inimigo universal, a pessoa traficante, o que nos remete à lição de Zaffaroni no sentido

³⁸ DÓRIA, Rodrigues. Fumadores de maconha: efeitos e males do vício. In: PESSOA JÚNIOR, Osvaldo; HENMAN, Anthony (Org.). *Diamba Sarabamba*: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986. p. 37.

³⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen. Atualização - Junho 2016. Sob a organização de Thandara Santos; colaboração de Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p.: il.color. p. 9.

⁴⁰ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen Mulheres. 2. ed. Sob a organização de Thandara Santos; colaboração de Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 79 p.: il.color. p. 15-17.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁴² DUMANS, Alexandre Moura. Dispositivos de controle da política de drogas. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malagutti e Nilo Batista. [ilustrações J. Batista]. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

de que o genocídio é, frequentemente, precedido de um discurso legitimante de eliminação⁴³. Com efeito, a guerra às drogas atua como instrumento de eliminação do inimigo criado pelo próprio direito penal, que funciona como um sistema repressivo que reprime um alvo que ele mesmo criou⁴⁴.

Dito de outro modo, a guerra às drogas trata-se da própria guerra à população negra, conforme evidencia o Banco Nacional de Mandados de Prisões⁴⁵. De acordo com a pesquisa, em agosto de 2018, 54,96% das pessoas presas no Brasil identificavam-se como negras, e o tráfico correspondia por 24,74% das prisões, sendo esse o segundo crime mais recorrente imputado às pessoas privadas de liberdade – o mais comum era o roubo, com um percentual de 27,58%. Assim, é a guerra às drogas que permite que regiões pobres sejam vítimas da ação policial através de “invasões de domicílios, exposições de moradores a perigo de morte, revistas pessoais em mulheres e crianças e execuções sumárias”⁴⁶.

Veja-se que a guerra às drogas perpassa, igualmente, a guerra às favelas, sua cultura e às pessoas que lá moram, uma vez que o sistema penal associou a favela à criminalidade como um todo, e, mais especificamente, ao crime de tráfico. Como consequência, a existência desse estereótipo em torno de áreas marginalizadas acaba por reforçar a guerra às drogas promovida pelas agências de criminalização secundária, as quais agem com o aval de camadas racistas da sociedade que contribuem com a banalização e a naturalização da violência, conforme menciona o relatório da Anistia Internacional “Você matou meu filho”:

Por outro lado, a banalização e a naturalização da violência no país, especialmente da violência contra determinados grupos historicamente discriminados, tem consolidado uma série de estereótipos negativos associados aos negros, sobretudo o jovem negro morador de favela. Assim, parte da sociedade

⁴³ BATISTA, Vera Malaguti. Op. cit.

⁴⁴ BORGES, Juliana. Op. cit.

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁴⁶ DUMANS, Alexandre Moura. Op. cit., p. 78.

permanece indiferente à morte desses jovens negros, que são as principais vítimas de homicídios no país.⁴⁷

Assim, notável que o racismo, característica estruturante da sociedade brasileira, perpassa todas as suas relações e, também, instituições⁴⁸, guiando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em um ciclo de criminalização que reforça a ideia de pessoa negra como inimiga da sociedade. Nesse contexto, o Poder Legislativo, como amplamente demonstrado, evidencia seu caráter racista na tipificação de condutas comumente associadas à população negra, reforçando o estereótipo de grupo criminoso. Conforme menciona Enedina Alves, “as teorias do eugenismo e do evolucionismo foram fundamentais para a fundação das bases do direito criminal como um direito antipobre e antinegro”⁴⁹.

A criminalização de condutas, no entanto, não é suficiente, motivo pelo qual o próprio Poder Executivo atua, valendo-se do aparato estatal, de maneira seletiva, racista e violenta. Em síntese, a hipervigilância racial culmina em um desproporcional encarceramento de pessoas negras, uma vez que a polícia encontra mais crimes entre pessoas negras porque procura mais crimes entre pessoas negras⁵⁰. Ressalto que não é incomum que a população negra reconheça o caráter arbitrário das instituições, conforme aduziu Winnie Bueno ao mencionar jovens negros e negras que convivem desde a tenra idade com medo da polícia⁵¹.

Aqui, ao mencionar o medo da população negra, falo do medo em relação à atuação policial como um todo, que vai de abordagens violentas (no mínimo) às práticas de falsas acusações, passando, obviamente, pelo reconhecimento fotográfico. Veja-se que, quando escolho apontar as práticas policiais como

⁴⁷ ANISTIA INTERNACIONAL. 2015. Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela Polícia Militar no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitoshumanos/publicacoes/voce-matou-meu-filho/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁴⁸ BORGES, Juliana. Op. cit.

⁴⁹ ALVES, Enedina do Amparo et al. *Rés negras, Judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2015. p. 29-30.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ BUENO, Winnie. Quantos meninos negros precisam ser encarcerados para que combatamos a seletividade penal? *Artigos*, Justificando, 10 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2017/03/10/quantos-meninos-negros-precisam-ser-encarcerados-para-que-combatamos-seletividade-penal/>>. Acesso em: 13 out 2020.

racistas e violentas, não me refiro a uma atuação consciente, deliberada e individual, mas à consequência generalizada do racismo que, institucionalizado, tornou-se estruturante das agências de criminalização secundária.

Neste contexto, mais do que nunca, a criminologia, enquanto marco teórico consagrado no contexto do direito penal, deve se aliar aos estudos críticos raciais, a fim de evidenciar o caráter seletivo e racista do sistema penal, que trata a pessoa negra, especialmente o homem negro, como inimiga. Isso porque o estereótipo de pessoa criminosa, desenvolvido pelas escolas criminológicas, apresentado na minha pesquisa, serve como marco inicial para que se entenda por que teóricos e teóricas negras têm afirmado, com razão, que seus pares têm sido frequentemente condenados pelos olhos do Poder Judiciário, sendo um exemplo disso o instituto escolhido para ser mais detalhadamente estudado na presente pesquisa, qual seja, o reconhecimento fotográfico realizado em sede policial.

3 “OLHOS QUE CONDENAM”: UMA ANÁLISE AUTOETNOGRÁFICA DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

Questionar a maneira como corpos negros são criminalizados pelo sistema penal brasileiro demanda uma análise criteriosa sobre os processos e institutos que permitem tais práticas. Nesta pesquisa, opto por analisar autoetnograficamente os autos de reconhecimento fotográfico nos processos de furto e roubo de uma Vara Criminal do interior do Estado do Rio Grande do Sul, cujas denúncias foram ofertadas no ano de 2018 – ano em que realizei estágio profissional não obrigatório junto a um dos órgãos do Judiciário. Antes da análise, no entanto, é necessário contextualizar o reconhecimento fotográfico no processo penal brasileiro.

No ponto, destaco a modalidade de prova do reconhecimento pessoal, neste trabalho entendido como o ato pelo qual uma pessoa, a reconhecedora, admite e afirma como certa a identidade de outra, a reconhecida⁵². O reconhecimento pessoal encontra-se previsto no art. 226 do Código de Processo Penal⁵³, no capítulo que retrata o reconhecimento de pessoas e coisas e, conseqüentemente,

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵³ BRASIL. Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

no título que dispõe sobre as provas. Veja-se que o referido artigo prevê, de maneira expressa, como deve ser realizado o reconhecimento de pessoa, não abrindo brecha, portanto, para a discricionariedade da autoridade policial, ao coordenar o procedimento, ao Ministério Público ao analisar, posteriormente, o inquérito policial munido de auto de reconhecimento e, tampouco, ao órgão julgador ao apreciar o reconhecimento já durante a fase processual.

Em seu inciso I, o artigo prevê que a pessoa a realizar o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa a ser reconhecida, que, por sua vez, conforme consta no inciso II, será colocada – se possível – ao lado de outras pessoas com quem resguarde quaisquer semelhanças. Dessa forma, a pessoa chamada para o reconhecimento deverá apontar, entre as pessoas apresentadas pela autoridade policial, aquela envolvida no delito em questão.

Ao determinar que a pessoa reconhecedora tenha que apontar a pessoa reconhecida em um contexto no qual estão presentes várias pessoas relativamente parecidas, evita-se, ou ao menos se diminuem as chances que seja acusada uma pessoa qualquer só por encaixar-se nas características mencionadas nos termos do art. 226, I, do Código de Processo Penal. Com efeito, a possibilidade de perfilar os indivíduos busca “dotar a situação de imparcialidade e, ainda, de evitar o condicionamento do raciocínio do ofendido reconhecedor a acusar aquele que mais se aproxima dos caracteres físicos por ele elencados na descrição [...]”⁵⁴.

O art. 226 prevê, ainda, em seu inciso IV, que o reconhecimento será lavrado por auto pormenorizado, que tem por objetivo a descrição de todo o processo de reconhecimento, levando em consideração até mesmo as reações da pessoa reconhecedora e demais circunstâncias. Conforme referiu Guilherme Nucci⁵⁵, o auto pormenorizado é um registro, por escrito, de todo o processo de reconhecimento, no qual deve constar todas as reações do reconhecedor e suas manifestações. Ademais, a fim de garantir a sua idoneidade, o auto pormenorizado do reconhecimento pessoal deve ser subscrito por quatro

⁵⁴ MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de; CONPEDI. Reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Conpedi* (Org.). Direito penal, processo penal e Constituição I – A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI. Florianópolis: Conpedi, v. 1, p. 536-555, 2014. s.p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb>>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit.

indivíduos, a saber: a autoridade policial, a pessoa chamada para realizar o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Uma vez realizado o reconhecimento fotográfico, para que ele seja considerado válido, necessário que esteja revestido das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e anteriormente descritas. O rito, no entanto, não se observa na prática, uma vez que a prática policial ignora previsões como, por exemplo, a necessidade de descrição prévia da pessoa a ser reconhecida. Com efeito, o reconhecimento fotográfico torna-se prova pouco idônea para o inquérito policial e, mais ainda, para uma denúncia e eventual condenação.

Ocorre que esta prática policial, em que pese sua ilegalidade nos termos da legislação processual, está amparada pelas decisões dos tribunais superiores do país. Em um *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, o voto do Relator Felix Fischer⁵⁶ fundamentou sua decisão afirmando que não gera a nulidade dos reconhecimentos fotográficos realizados no momento do inquérito policial a inobservância das regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, ressalto o caráter manifestamente ilegal da prática realizada, uma vez que desrespeita o direito da não autoincriminação, previsto no art. 8º, § 2º, g, do Pacto de San José da Costa Rica⁵⁷, do qual o Brasil é signatário. A partir do momento em que as imagens são utilizadas no reconhecimento fotográfico, existe uma (grande) possibilidade de que, em algum momento, a pessoa cuja foto é exibida seja apontada como responsável por um delito. Veja-se que, nesse contexto, a autoria é absolutamente irrelevante para os fatos ora em análise, uma vez que discuto, aqui, um direito de defesa constitucionalmente garantido a cada pessoa acusada.

Assim, considerando os vícios, nulidades e irregularidades apontados no que respeita a prova ora em debate, resta analisar, na prática, de que maneira o reconhecimento fotográfico se consolidou, através das práticas das agências

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 427.051, Relator Ministro Felix Fischer, Diário de Justiça, Brasília, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=15490&seq_documento=18770051&data_pesquisa=10/04/2018&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁷ AMERICANOS, Organização dos Estados. *Pacto de San José de Costa Rica*. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

de criminalização secundária, enquanto uma prova que reforça estereótipos e perpetua o processo de criminalização e encarceramento da população negra. Para tanto, faz-se necessária a pesquisa documental realizada nos autos de reconhecimento fotográfico.

Nesse contexto, analisar os processos de uma Vara Criminal do interior do Estado do Rio Grande do Sul onde tramitam os processos atribuídos à Promotoria na qual realizei estágio não obrigatório foi como revisitar uma parte da minha trajetória. Durante quase um ano, fui responsável, entre outras coisas, pela análise de procedimentos policiais e posterior elaboração de minutas, fossem solicitações de diligências, promoções de arquivamento ou denúncias. Nesse contexto, após a apresentação do necessário aporte teórico, pesquisadora e estagiária encontram-se na parte final da pesquisa, apresentando uma visão tão próxima quanto possível do objeto de análise documental.

Destaco que a escolha pelos processos que envolvem tão somente os crimes patrimoniais, mais especificamente furto e roubo, foi motivada pela intenção de analisar processos relativos aos crimes mais visados pelo sistema penal brasileiro, a fim de apresentar uma análise que, ainda que local, reflita, tanto quanto possível, a realidade brasileira. Segundo os dados divulgados pelo Infopen⁵⁸, o tráfico corresponde a 26% dos crimes cometidos por homens e 62% no caso das mulheres. Roubo e furto, por sua vez, perfazem o montante de 38% das prisões masculinas e 18% das prisões femininas, restando, respectivamente, 36% e 18% para todos os demais crimes.

Com efeito, ainda que o número retrate a realidade do sistema prisional, e não do sistema penal em sua totalidade, é possível concluir que os crimes de tráfico, furto e roubo são os mais sujeitos à incidência da norma penal – muito em virtude da seletividade penal anteriormente discutida. Outrossim, devo ressaltar que a escolha foi igualmente motivada pelo conhecimento prévio, obtido durante o estágio realizado em uma Promotoria de Justiça Criminal, de que, no caso desses crimes, o reconhecimento fotográfico é mais comum, sendo, frequentemente, a única prova dos autos.

Para que eu pudesse realizar a análise em questão, revisitando minha experiência enquanto estagiária, a Vara autorizou o manuseio de 85 processos cujas denúncias foram oferecidas no ano de 2018, sendo que todos eles ainda se encontram em fase de instrução processual. Dos 85 processos, 61 foram

⁵⁸ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen. Op. cit.

analisados mais minuciosamente, uma vez que tratam dos crimes previstos nos arts. 155 e 157 do Código Penal, objeto escolhido para o presente trabalho. Da análise dos 61 processos de crimes patrimoniais, vislumbrei que 36 tratam do crime de furto e em 25 foram realizadas denúncias pelo crime de roubo. Entre os 61 processos mencionados, o instituto do reconhecimento fotográfico encontra-se presente em 12 deles.

Com os processos em mãos, elaborei três quesitos para decidir quais processos cumpririam a função de responder o questionamento inicialmente proposto: a presença do reconhecimento fotográfico nos autos do inquérito, a existência de outras provas de autoria do delito praticado e a identificação racial do acusado. Esses quesitos foram escolhidos, pois, através de uma análise conjunta dos três fatores, seria possível identificar de que maneira o racismo tem influenciado, ou não, a realização do reconhecimento fotográfico em sede policial.

Nesse contexto, a descrição minuciosa de alguns dos processos, em que pese a existência de auto de reconhecimento fotográfico no cotejo probatório, não se demonstrou absolutamente necessária para a presente pesquisa, uma vez que não se relacionam com os demais quesitos apresentados. Exemplo disso é o que ocorre nos Processos n^os 01 e 02, cujas denúncias foram instruídas não somente pelos reconhecimentos fotográficos, mas pelos autos de prisão em flagrante. Dessa forma, restou prejudicada a análise acerca de uma possível atuação racista por parte da polícia ao realizar o reconhecimento fotográfico, considerando que a identificação dos acusados ocorreu logo após a prática delitiva.

O Processo n^o 03 contou com a realização de reconhecimento fotográfico realizado de maneira extremamente atípica, uma vez que quatro indivíduos, totalmente diferentes entre si, foram colocados lado a lado e identificados numericamente para que uma foto fosse tirada e posteriormente exibida para a vítima. Esse procedimento, no período de um ano em que permaneci estagiando no órgão ministerial, foi realizado apenas em dois processos.

Outra prática policial que vislumbrei no curso do estágio profissional não obrigatório foi o uso das redes sociais como ferramenta de investigação. No caso do Processo n^o 04, os policiais pesquisaram os nomes de alguns indivíduos no Facebook e exibiram suas fotos às vítimas para que realizassem o reconhecimento dos acusados. Para a confecção do auto de reconhecimento fotográfico, a autoridade policial anexou duas fotos de cada um dos três acusados, retiradas

de suas redes sociais e abaixo redigiu, deixando em branco apenas o espaço para que as vítimas preenchessem seus dados, a afirmação “reconheço sem sombra de dúvidas o indivíduo acima elencado como um dos indivíduos que praticou o delito do qual fui vítima”. Em suma, não apenas o rito previsto ao reconhecimento fotográfico foi manifestamente violado, mas, também, o direito à privacidade dos indivíduos.

O Processo nº 05 chamou atenção – ainda à época da primeira análise dos autos, após o indiciamento – em virtude da forma como uma das vítimas descreveu um dos acusados. O primeiro indivíduo foi descrito como sendo “baixo, forte, pardo, beicudo e cabeçudo”, ao passo que se limitou a descrever um dos coautores do roubo como “bem branco”. O componente racial, portanto, surge com mais evidência nesse caso, à medida que – possivelmente sem saber – a vítima apresentou uma descrição praticamente lombrosiana de um homem criminoso, reforçando a tese de que esses ideais seguem presentes no imaginário social quando o assunto é criminalidade.

O Processo nº 06 foi instruído com outras provas além do reconhecimento fotográfico, sendo realizadas pela autoridade policial diligências no sentido de buscar filmagens do local do fato e ouvidas diversas testemunhas. Da mesma maneira, no Processo nº 07, após o reconhecimento fotográfico, foi realizado um reconhecimento pessoal do acusado em sede policial, de maneira a confirmar a autoria delitiva. Menciono, ainda, o Processo nº 08, no qual o rito previsto no Código de Processo Penal para o reconhecimento fotográfico foi parcialmente respeitado, pois houve descrição do acusado e exibição de imagens de outros homens parecidos, ficando pendente apenas a subscrição por duas testemunhas.

Os Processos nºs 06, 07 e 08 são imprescindíveis para a análise aqui proposta, uma vez que, em todos, figuram como acusados homens brancos. Isso me conduziu a uma observação no sentido de que, para acusar homens negros, via de regra, o reconhecimento fotográfico – ilegal, devo ressaltar – é prova suficiente de autoria. Ao contrário, em se tratando de pessoas reconhecidas como brancas, vislumbrei um grande empenho por parte da autoridade policial para formar seu convencimento. Nesse contexto, a branquitude, aqui entendida como a racialidade branca⁵⁹, apresentou-se como um elemento central na atuação

⁵⁹ BENTO, Maria Aparecida da Silva. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no Poder Público*. 2002. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

policial e nas manifestações das pessoas reconhecedoras nos processos com os quais tive contato.

Não posso perder de vista a possibilidade de que, ainda que inconscientemente, essas pessoas estejam perpetuando aquilo que Maria Aparecida Bento⁶⁰ definiu como pacto narcísico da branquitude, ou seja, um pacto tácito entre pessoas brancas a fim de manter seus privilégios por meio da negação dos problemas raciais. Destaco também que a autora refere que o medo da perda de seus privilégios, bem como da responsabilização pelas desigualdades raciais, orientam o comportamento das pessoas brancas, as quais projetam sobre pessoas negras uma carga de negatividade, inferioridade e de ameaça.

Ao debater o caráter ameaçador atribuído às pessoas negras, devo mencionar o Processo n^o 09, no qual foi parcialmente realizado o rito previsto no art. 226 do Código de Processo Penal. Segundo as vítimas, um dos acusados portava a arma de fogo, enquanto um segundo agente era o responsável por recolher os pertences roubados. Em sede policial, após apresentar relato dos fatos, as vítimas foram convidadas a realizar o reconhecimento dos suspeitos pela via fotográfica. Refere o auto de reconhecimento que

[...] o indivíduo que portava o revólver era pardo, cabelo escuro, aproximadamente 1,70m, compleição física normal e vestia calça jeans, camiseta escura, aparentava uns 23 anos de idade. Que o indivíduo que pegou as mochilas, era mais claro que o outro, cabelo curto, cabelo claro, talvez pintado de amarelo, aproximadamente 1,70m, compleição física magro, vestia um moletom com capuz e aparentava uns 20 anos de idade. Em ato contínuo, determinou a Autoridade que fosse mostrado ao reconhecedor fotografia dos indivíduos suspeitos, para quem a mesmo (sic) diga, sem dolo nem malícia, se dentre estas, está a pessoa que se procura identificar. Após observar atentamente a fotografia exibida, o reconhecedor assim declarou: que reconhece sem hesitação e sem absoluta certeza a fotografia de A.F.M. como sendo o homem que portava o revólver, conforme citado em seu termo de declarações. Que o

⁶⁰ Ibidem.

declarante acredita ser muito parecido com o indivíduo que pegou os pertences a pessoa de nome L.V.S.V.

Ao me deparar com o auto de reconhecimento realizado pela segunda reconhecedora, pude observar que ambos eram praticamente iguais, desde a descrição supostamente fornecida à autoridade policial, palavra por palavra, ao grau de certeza no que respeita o reconhecimento de A.F.M. A única diferença reside no reconhecimento do suspeito L.V.S.V., uma vez que a segunda testemunha referiu que a foto que lhe foi exibida é de uma pessoa “apenas parecida com o indivíduo que pegou os pertences”.

À época, ao analisar os autos do inquérito policial, não identifiquei mera coincidência na diferença no grau de certeza apontado pelas vítimas e reconhecedoras no caso em análise. Isso porque A.F.M., lido como pardo pelos reconhecedores, foi reconhecido com absoluta certeza como o indivíduo que estava supostamente armado no momento do delito, ao passo que a L.V.S.V., branco, foi concedido o benefício da dúvida no momento do reconhecimento.

Com efeito, nesse caso relatado, tive a impressão de que o pacto narcísico da branquitude, ainda que sutilmente, manifesta-se de maneira a reforçar a relação estabelecida entre pessoas negras e criminalidade, bem como a necessidade de seu encarceramento. Uma pessoa branca, no entanto, goza de privilégio, uma vez que, ainda que tenha efetivamente praticado um crime, seus pares questionam a veracidade dos fatos em análise e/ou lhe concedem o benefício da dúvida.

Ao acusado do Processo nº 09, A.F.M., o privilégio do benefício da dúvida não foi concedido, considerando que a denúncia oferecida foi baseada tão somente em um reconhecimento ilegal: três indivíduos foram perfilados e numerados para que uma foto fosse tirada e, posteriormente, exibida para a pessoa reconhecedora. Contrariando o que prevê o inciso III do art. 226, no entanto, dos três indivíduos, dois são brancos, aparentam ter mais de trinta anos de idade e trajavam roupas de caráter quase social. A.F.M., por sua vez, é negro, visivelmente mais jovem e vestia roupas mais simples que os outros dois indivíduos.

Nesse contexto, ainda que A.F.M. não tenha sido o responsável pelo delito perpetrado, eram grandes as chances de que fosse ele apontado como responsável, uma vez que era o único com as características descritas pela vítima. Restou maculado, portanto, o reconhecimento fotográfico, pois, conforme refere

Nucci⁶¹, “o reconhecedor precisa se valer do processo de comparação para buscar no fundo da consciência a imagem efetiva daquele que viu cometer algo relevante para o processo”.

O mais intrigante é que, ao contrário da maioria dos processos analisados, este contou com uma descrição prévia da pessoa acusada por parte da pessoa reconhecidora, que referiu que o responsável pelo delito era “um homem jovem, magro, de pele morena”. Ou seja, havia a possibilidade de realizar o reconhecimento nos termos da norma processual, a fim de revestir-lhe de legalidade e garantir ao acusado o devido processo legal – o que não ocorreu.

Já nos autos do Processo nº 10, segundo consta no inquérito policial, as câmeras de uma escola municipal registraram não o momento do furto em si, mas o momento em que o acusado transitou pelo pátio indo em direção à sala de onde os objetos foram furtados. As imagens eram de baixíssima qualidade, dificultando a identificação das características do indivíduo que aparece no vídeo. No entanto, quando conduzidas as imagens à autoridade policial, conforme o auto de reconhecimento por imagens, o indivíduo foi reconhecido somente pelo inspetor de polícia.

Quando da análise desse auto de reconhecimento, ainda como estagiária, concluí que o reconhecimento, pelo inspetor de polícia, não poderia ser considerado válido, em atenção ao que prevê a legislação. Assim, e em atenção à ausência de provas idôneas que relacionassem o acusado ao furto em questão, confeccionei a promoção de arquivamento. No entanto, a orientação fornecida pela Promotoria foi no sentido de que havia indícios suficientes para o oferecimento da denúncia, de maneira que procedi à composição da minuta.

R.F.K. foi denunciado por meio de uma minuta que redigi, também nos autos do Processo nº 11. O auto de reconhecimento, nesse caso, foi instruído com fotos do indivíduo em três períodos distintos: duas fotos de 16 de novembro de 2017, duas de 1º de agosto de 2017 e duas de 26 de abril de 2017, sendo que, para cada data, constava uma foto de frente e outra de perfil. Em meu primeiro contato com as imagens, suspeitei que sequer correspondiam à mesma pessoa. Os indivíduos das fotos de novembro e de abril, em que pesem algumas diferenças notáveis por um olhar mais criterioso, são extremamente parecidos entre si, mas

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 701.

o mesmo não pode ser dito sobre o terceiro indivíduo, cuja foto data o mês de agosto do mesmo ano.

Esse auto de reconhecimento refere que a pessoa reconhecedora descreveu o autor do delito como sendo “magro, de estatura alta, com barba rala e com aparência de usuário de drogas”. Após descrever o indivíduo e observar as fotografias do Álbum da Delegacia de Polícia, a reconhecedora afirmou, sem sombra de dúvidas e com absoluta certeza, que a pessoa de R.F.K. foi flagrada realizando o furto investigado.

Cumpra mencionar que R.F.K. é referido como branco nos autos do inquérito policial, fato que, inicialmente, suscitou dúvidas sobre a influência do racismo nos reconhecimentos fotográficos realizados pelas pessoas reconhecedoras, bem como na atuação policial. No entanto, observei que o estereótipo de inimigo, seja ele criminoso ou usuário de drogas, por exemplo, não recai somente sobre pessoas negras, ainda que no Brasil as duas questões estejam intimamente ligadas. Conforme nos ensina Zaffaroni⁶², a história nos mostra uma heterogeneidade nos inimigos, sejam eles bruxas, imigrantes, comunistas ou viciados em drogas.

No caso em testilha, a pessoa reconhecedora refere que R.F.K. possui “aparência de usuário de drogas”, o que sequer pode ser extraído tão somente das fotos apresentadas nos autos. R.F.K. possuía, à época, barba e cabelo relativamente grandes e aparentava estar abaixo do peso, o que restou evidenciado por estar sem camisa nas imagens. Em outro contexto, se R.F.K., enquanto pessoa branca, fosse visto com barba e cabelo “arrumados” e não estivesse em um álbum de fotos de uma delegacia, muito provavelmente não seria lido como um usuário de drogas, uma vez que, assim como o da pessoa criminosa, esse estereótipo não costuma recair sobre as pessoas que se encaixam nos padrões de normalidade estabelecidos pela sociedade.

Por fim, menciono o Processo nº 12, no qual B.M.L.R., homem negro, figura como denunciado pela prática de roubo. O reconhecimento fotográfico, mais uma vez, foi realizado em total desatenção ao que prevê a norma processual, uma vez que a pessoa reconhecedora apenas “observou atentamente a fotografia de B.M.L.R.” e o reconheceu “com absoluta certeza e sem sombra de dúvidas”.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. *E-book*.

Ser a estagiária responsável por essas denúncias fez parte de um processo de contradição, uma vez que, não apenas discordo teoricamente das práticas que contrariam as previsões da legislação processual penal, mas também por enxergar-me nesses corpos negros criminalizados. Por diversas vezes, as conclusões extraídas da leitura dos autos divergiam das orientações que norteavam a atuação do órgão ministerial, criando um impasse entre a estagiária e a pesquisadora negra.

Não há de se perder de vista que os princípios de uma estagiária negra, alinhada com o que produz a criminologia crítica e os estudos críticos raciais, em certa medida, contrariam as diretrizes do Ministério Público enquanto agência de criminalização secundária – ainda que, em termos constitucionais, o órgão seja, em verdade, mero fiscal da lei. Por diversas vezes, foi possível, através do diálogo e do debate, a mudança do entendimento desposado pela promotoria em questão, possibilitando a promoção de alguns arquivamentos ou, no curso do processo, de pedidos de absolvição. No entanto, os processos anteriormente mencionados demonstram que a atuação não foi – e nem poderia ser – suficiente para afastar todas as denúncias ofertadas sem o devido rigor probatório.

Isso porque o discurso e os conhecimentos apresentados, por diversas vezes, eram preteridos não apenas por pertencerem a uma estagiária, mas também a uma mulher negra. Ou seja, o sistema ocupa-se de violentar fisicamente os corpos sobre os quais exerce controle social ao mesmo tempo em que busca estratégias para silenciar atuações em certa medida disruptivas em face de atuações racistas. Portanto, a regra para corpos negros é a invisibilidade, a inexistência, o não lugar e o único contexto em que os corpos negros são os mais visados é o contexto do sistema penal, que se constitui como o único lugar de pertencimento da população negra. Em suma, os olhos que, via de regra, não nos enxergam são os mesmos olhos que nos veem tão somente para nos condenar.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como ponto de partida o caso de Barbara Querino de Oliveira, denunciada pela prática de roubo com base tão somente no reconhecimento fotográfico realizado em sede policial. O reconhecimento, ainda que não tenha observado as previsões expressas do art. 226 do Código de Processo Penal, não foi considerado nulo. À vista disso, esta pesquisa se propôs a analisar de que forma o racismo influencia na realização dos reconhecimentos

fotográficos realizados em sede policial, especialmente nos processos envolvendo furtos e roubos.

No ponto, devo mencionar que a escolha pelo instituto do reconhecimento fotográfico foi orientada pela noção, adquirida durante o estágio realizado em uma Promotoria de Justiça Criminal, de que, em casos de furto e roubo, não raramente, essa prova é suficiente para a formação de um juízo condenatório por parte das agências de criminalização secundária. Além disso, o reconhecimento fotográfico, considerando a sua íntima relação com a memória e as percepções humanas, é capaz de demonstrar de que maneira corpos negros são vistos – e condenados – pelos olhos da branquitude, demonstrando a sua suscetibilidade em refletir o racismo estrutural da sociedade.

Desta maneira, vislumbrei, por meio de uma releitura dos processos que são de competência da promotoria onde fui estagiária, que o racismo influencia os reconhecimentos na medida em que às pessoas brancas é concedido o privilégio da dúvida de autoria – uma consequência do pacto narcísico estabelecido entre a branquitude. Ao contrário, sobre a população negra costuma recair o estereótipo de pessoa criminoso, sendo a atuação policial e a manifestação de vítimas e testemunhas voltadas para a criminalização desses corpos.

Outrossim, além das consequências atingidas em virtude das práticas racistas descritas, o reconhecimento fotográfico apresenta-se como uma prova revestida de ilegalidades. Não apenas é negado o direito da pessoa acusada de não produzir provas contra si mesmo, como, ainda, lhe é negado o devido processo legal quando não são devidamente observadas as previsões do Código de Processo Penal. Ainda, a referida prática pode, em certa medida, induzir a vítima em erro, além de reforçar, frente à sociedade civil, o estereótipo de criminoso concebido pelas instituições penais.

Por fim, ressalto que a presente pesquisa, em que pesem as informações adquiridas e apresentadas, não é suficiente para esgotar o assunto. Compulsando os autos dos processos, foi possível notar a menção reiterada a álbuns de fotografias pertencentes às delegacias, cuja procedência é desconhecida até então. Dessa maneira, necessário aprofundar o debate sobre a referida prática policial, a fim de compreender de que forma o racismo está presente na construção de tais álbuns.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Tony; BOCHNER, Arthur; ELLIS, Carolyn. Autoethnography: an overview. *Historical Social Research*, v. 36. 2011.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

ALVES, Enedina do Amparo et al. *Rés negras, Judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana*. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2015. p. 29-30.

AMERICANOS, Organização dos Estados. *Pacto de San José de Costa Rica*. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ANISTIA INTERNACIONAL. 2015. Você matou meu filho! Homicídios cometidos pela Polícia Militar no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://anistia.org.br/direitoshumanos/publicacoes/voce-matou-meu-filho/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal* – Introdução do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTO, Maria Aparecida da Silva. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no Poder Público*. 2002. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento Editora e Livraria Ltda, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>>. Acesso em: 13 out. 2019.

_____. Decreto nº 145, de 11 de julho de 1893. Autorisa o Governo a fundar uma colonia correccional no Proprio Nacional Fazenda da Boa Vista, existente na Parahyba do Sul, ou onde melhor lhe parecer, e dá outras providencias. Capital Federal. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-145-11-julho-1893-540923-publicacaooriginal-42452-pl.html#:~:text=Autorisa%20o%20Governo%20>>

a%20fundar,parecer%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20providencias>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 427.051*, Relator Ministro Feliz Fischer. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 abr. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=15490&seq_documento=18770051&data_pesquisa=10/04/2018&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento>. Acesso em: 13 out. 2020.

BUDÓ, Marília. *Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 148. Galaxia.

BUENO, Winnie. Quantos meninos negros precisam ser encarcerados para que combatamos a seletividade penal? *Artigos, Justificando*, 10 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2017/03/10/quantos-meninos-negros-precisam-ser-encarcerados-para-que-combatamos-seletividade-penal/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

CARNEIRO, Sueli. *A construção do outro como não-ser como fundamento do ser*. Feusp, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CORRÊA, Mariza. *Ilusões da liberdade: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. 2. ed. Bragança Paulista: Editora da Universidade de São Francisco, 2001.

DÓRIA, Rodrigues. Fumadores de maconha: efeitos e males do vício. In: PESSOA JÚNIOR, Osvaldo; HENMAN, Anthony (Org.). *Diamba Sarabamba: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha*. São Paulo: Ground, 1986.

DUMANS, Alexandre Moura. Dispositivos de controle da política de drogas. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; FERNANDES, Márcia Adriana (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malagutti e Nilo Batista*. [ilustrações J. Batista]. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

FERREIRA, Gianmarco Loures; IGREJA, Rebecca Lemos. Narrativas como metodologia crítica para o estudo das relações raciais no Direito. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, v. 3, n. 1, p. 62-79, 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf>. Acesso em: 13 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288 p.

INNOCENCE PROJECT. Exoneration Anniversary: Central Park Five. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/exoneration-anniversary-central-park-five/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen mulheres. 2. ed. Sob a organização de Thandara Santos; colaboração de Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 79 p.: il.color.

LEVANTAMENTO Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen. Atualização – junho 2016. Sob a organização de Thandara Santos; colaboração de Marlene Inês da Rosa et al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p.: il.color.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, v. 80, 2007.

LOPES, Rodrigo Alberto. *Semear-se (em) um campo de dilemas: uma autoetnografia de um professor de educação física principiante na zona rural de Ivoti/RS*. 2012.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de; CONPEDI. Reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Conpedi (Org.)*. Direito Penal, processo penal e Constituição I – A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI. Florianópolis: Conpedi, v. 1, p. 536-555, 2014. s.p. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb>>. Acesso em: 13 out. 2020.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 18, n. 7, p. 393-420, 2017.

NICOLITT, Cipriana; DA COSTA, Gisele França. Funcionamento seletivo e parcial do sistema penal: criminalização e estigmatização. In: *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malagutti e Nilo Batista*.

Sob a organização de Roberta Duboc Pedrinha, Márcia Adriana Fernandes; [ilustrações J. Batista]. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/topoi/v5n8/2237-101X-topoi-5-08-00138.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2020.

SANTOS, Silvio Matheus Alves. O método da autoetnografia na pesquisa sociológica: atores, perspectivas e desafios. *Plural – Revista de Ciências Sociais*, v. 24, n. 1, p. 214-241, 2017.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. *E-book*.

_____. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Submissão em: 14.10.2020

Aceito em: 14.10.2020

Os artigos submetidos à Revista deverão observar as seguintes normas técnicas:

1. Os artigos deverão ser submetidos diretamente no sistema, disponível em: <http://www.ajuris.kinghost.net/OJS2/>.
2. A versão do artigo que será submetida deverá vir sem identificação do(s) autor(es) no texto e nas propriedades do arquivo a ser anexado. Ver instruções em: Assegurando a Avaliação por Pares Cega.
3. O artigo deve ter: **título, resumo, palavras-chave e sumário**, bilíngues (**português e inglês**).
4. Informar a(s) área(s) do Direito que o artigo aborda. **Ex.: direito constitucional; direito público**. Deverá constar após o nome do(s) autor(es) e antes do resumo.
5. **Deve ser inédito no Brasil**. Não deve ter sido publicado/enviado para outras revistas e/ou *sites* (inclusive para os que permitam irrestrito acesso), o que poderá ocorrer somente após o decurso de seis meses da data da publicação na Revista da AJURIS. Inclui-se na vedação a divulgação no SSRN (*Social Science Research Network*), que é uma plataforma de disseminação de pesquisas acadêmicas nas ciências sociais e humanas.
6. **Os autores poderão submeter apenas UM TRABALHO POR ANO**. Exemplo: publicou em dezembro/2016, o próximo artigo aprovado será publicado a partir da edição de dezembro/2017.
7. Os artigos deverão ter de **15 (mínimo) a 25 páginas** no tamanho A4; fonte Times New Roman tamanho 12; espaçamento entre linhas de, no máximo, 1,5.
8. **Notas de rodapé e referências (com os dados completos)**.
9. Referências – formatação: ordem alfabética pelo sobrenome do autor, nome das obras em itálico e dados completos. Exemplo: ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

10. Notas de rodapé – formatação: a numeração das notas deve ser corrida (sequencial), nome das obras em itálico e dados completos. Exemplo: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 1.
11. Enviar *e-mail*, em separado, para sandra@ajuris.org.br, com **anexo da versão completa do artigo submetido, com identificação dos autores**, na qual deverão constar, após o título em inglês, o nome do(s) autor(es) e a qualificação profissional completa e atualizada de cada autor, não sendo permitido salientar nomes de empresas, escritórios, etc. Nesta versão, deverá constar, para cada autor, em nota de rodapé, a identificação completa da afiliação profissional. **Exemplo: Outras qualificações profissionais. Nível de formação acadêmica (pós-graduação, mestrado, doutorado, etc.). Se professor, indicar: nome da instituição, cidade, Estado, país e em qual nível de formação ministra as aulas (graduação, pós-graduação, mestrado, doutorado). Telefones. E-mail. Link do currículo Lattes (obrigatório). ORCID (obrigatório).**
12. As revisões, **ortográfica e gramatical, ficam a cargo dos autores**. Os autores devem fazer toda revisão que julgarem necessária **antes de submeter o artigo para análise**.
13. As revisões, **ortográfica e gramatical finais, dos artigos aceitos para publicação ficam a cargo da AJURIS**.
14. Os artigos submetidos à publicação nesta revista, devem ser em **formato Word (DOC ou DOCx) e formatados conforme as Normas da ABNT para artigos científicos**.
15. **A autorização de publicação será solicitada somente para os artigos aprovados. Se o artigo tiver mais de um autor, estes deverão enviar uma autorização para cada um, em arquivos separados, com assinatura, devendo o título ser exatamente igual ao do artigo submetido.**