



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

24.^a Edição



UnB

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília

24.^a Edição

copyright © 2024 por RED | UnB

Editoração e Revisão
Corpo Editorial da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília
(RED | UnB)

Diagramador: Marcelo Ishii
Capa: Geórgia de Souza Tenorio

Apoio:



DIREITO



**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 24 (2024) – Brasília: RED UnB, Semestral</p> <p>ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL¹

Ana Júlia Dimatteu
Gabriel Santana Spillari
Ana Cecília de Moraes Corrêa
Isabella Diniz da Rocha
Mayara Rodrigues de Sousa
Yngrid Lorrany dos Santos Rodrigues

EDITORES-ASSISTENTES

Ana Luiza Nogueira Braga
Andressa Alves Menezes
Diogo André Bezerra de Medeiros
Eduardo Monteiro Rodrigues da Cunha
Gabriel Almeida Cotrim do Nascimento
Geovanna Nayara Pereira Aguiar
Guilherme Vieira Cancelli
Isabela Frisso de Oliveira
Isadora Aires Schwarz Viana
Julyane Moreira
Lara Maryan Lopes
Larissa Maria do Nascimento Almeida
Letícia Pádua Pereira
Maria Eduarda Arcoverde de França Pereira
Maria Eduarda Ornelas
Maria Laura do Nascimento Almeida
Pedro Henrique Santos da Silva
Raquel Cardoso Ribeiro
Sabriny Pereira Leite
Sarah de Sousa Santana Rosa
Tainá Vieira de Oliveira
Tamiris Andrade Vieira

1 A Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília é composta por alunos da graduação da Faculdade de Direito/UnB

CONSELHO CONSULTIVO

PROFESSORES CONSELHEIROS

Prof.^a Dr.^a Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Diego Herrera Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

PARECERISTAS

Prof. Dr. Adalberto Fernandes Sá Junior (Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, PA, Brasil)
Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Aldo Aranha de Castro (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – campus de Três Lagoas, MS, Brasil)
Prof. Dr. Alex Lobato Potiguar (Universidade Federal do Pará, PA, Brasil)
Profa. Dra. Alice Bianchini (ABMCJ – Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas, GO, Brasil)
Profa. Dra. Aline Albuquerque (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Amauri Cesar Alves (Universidade Federal de Ouro Preto, MG, Brasil)
Profa. Dra. Ana Catarina Zema (Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais, DF, Brasil)
Profa. Dra. Ana Paula Barbosa-Fohrmann (Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. André R. Giamberardino (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Profa. Dra. Andressa Regina Bissolotti dos Santos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. Angelo Prata de Carvalho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Augusto Cezar Ferreira de Baraúna (Universidade Federal do Maranhão e Universidade Estadual do Maranhão, MA, Brasil)
Profa. Dra. Bartira Macedo de Miranda (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Prof. Dr. Benedito Crezzo Pereira Filho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Me. Berto Igor Caballero Cuellar (Universidade Federal do Piauí, PI, Brasil)
Profa. Dra. Bruna Barbieri Waquim (Centro Universitário UNDB, MA, Brasil)
Prof. Me. Bruno Minekovich Caixeiro (Fundação Universidade Federal de Rondônia, RO, Brasil)
Profa. Me. Camilli Meira Santos Silva (Universidade do Estado do Mato Grosso, MT, Brasil)
Profa. Dra. Caroline Maria Vieira Lacerda (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Celso Naoto Kashiura Jr. (Faculdade de Direito de Sorocaba, SP, Brasil)
Prof. Dra. Clarice Beatriz da Costa Söhngen (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Profa. Dra. Claudia Luiz Lourenço (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Profa. Dra. Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Cláudio Finkelstein (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Me. Daniel Albuquerque de Abreu (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Prof. Me. Daniel Martins Boulos (Insper Direito, SP, Brasil)
Prof. Dr. Davi Augusto Santana de Lelis (Universidade Federal de Viçosa, MG, Brasil)
Prof. Me. Eduardo André Carvalho Schiefler (Universidade de Brasília e Universidade Federal de Santa Catarina, DF e SC, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Xavier Lemos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Eugenia Cristina Cleto Marolla (Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Felipe Fernandes de Carvalho (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Profa. Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)

Prof. Dr. Fernando Antonio Tasso (Escola Paulista da Magistratura, SP, Brasil)
Prof. Dr. Fernando Hugo Rabello Miranda (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Profa. Me. Giovanna Máisa Gamba (Universidade de São Paulo, SC, Brasil)
Profa. Dra. Gisele Cittadino (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), RJ, Brasil)
Prof. Me. Guilherme Bortolanza (Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Lemos Oliveira (Instituto Federal de Brasília e Universidade da Virginia, DF, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Scotti (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Igor de Lucena Mascarenhas (Centro Universitário de Patos, PB, Brasil)
Profa. Dra. Jéssica Fachin (Universidade de Brasília e Faculdades Londrina, DF, Brasil)
Prof. Dr. José Eduardo Faria (Universidade de São Paulo e Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. José Luiz de Moura Faleiros Júnior (Faculdade Milton Campos, MG, Brasil)
Prof. Dr. Leonio Jose Alves da Silva (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Parentoni (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Lucas Fucci Amato (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Luis Flavio Saporì (PUC Minas, MG, Brasil)
Profa. Dra. Luiza Rosa Barbosa de Lima (Universidade Federal da Paraíba, PB, Brasil)
Prof. Dr. Magno Luiz Barbosa (Universidade Federal de Uberlândia, MG, Brasil)
Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Marcio Renan Hamel (Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil)
Prof. Me. Marcel Carlos Lopes Félix (Universidade Federal do Mato Grosso, MT, Brasil)
Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (Universidade Federal de Pelotas, RS, Brasil)
Profa. Me. Myrthes Freitas Lopes Dezan (REDE EaD SENASP, DF, Brasil)
Profa. Me. Narcilene Machado Lemes (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Profa. Dra. Natália Paulino Bonnomi (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)
Prof. Me. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Profa. Dra. Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Profa. Me. Patrícia Gasparro Sevilha (Universidade Estadual de Londrina, PR, Brasil)
Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dr. Rafael da Silva Santiago (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Regnóberto Marques de Melo Jr. (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Ricson Moreira Coelho da Silva (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, DF, Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Lourenço Filho (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Profa. Dra. Roberta Maia Gresta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Rodrigo Fernandes Rebouças (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Me. Rodrigo Lobo Canalli (Universidade de Brasília e Centro Universitário de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Roseli Rêgo Santos Cunha Silva (Universidade de Brasília e Universidade Federal de Tocantins, DF e TO, Brasil)
Prof. Dr. Tarek Moysés Moussallem (Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Prof. Dra. Thayse Edith Coimbra Sampaio (Centro Universitário de Brasília e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Me. Thiago Guimarães Moraes (Autoridade Nacional de Proteção de Dados, DF, Brasil)
Prof. Me. Wellington Pantaleão (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. Wilson Alves de Souza (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes (Faculdade de Direito de Franca, SP, Brasil)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
<i>Ana Júlia Dimatten, Gabriel Santana Spillari</i>	
DISSONÂNCIAS ENTRE POLÍTICA E DIREITO: REFLEXÃO SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DA DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL.....	12
<i>Ulisses Schwarz Viana</i>	
O PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E SUAS REPERCUSSÕES EM OUTROS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA NO BRASIL...	24
<i>Amanda Athayde, Isabella Accioly</i>	
CRÍTICA À APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E A ATECNIA DO ART. 18, I, DO CÓDIGO PENAL	47
<i>Ana Clara Almeida de Abreu, Vicente da Rocha Paraíso</i>	
A RELEVÂNCIA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL	61
<i>Ana Clara Schub Ibrahim</i>	
DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA CONTAMINADO POR NULIDADE E SEUS EFEITOS PARA O DELATADO: É CONSTITUCIONAL A VEDAÇÃO À IMPUGNAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA PELO DELATADO?.....	84
<i>Carlos Gilberto Martins Junior</i>	
O PAPEL DAS REIVINDICAÇÕES HISTÓRICAS DE SOBERANIA SOBRE AS ÓRBITAS GEOESTACIONÁRIAS NA CONSTRUÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO MAIS EQUITATIVA DE ACESSO AO ESPAÇO.....	111
<i>Eduardo Vasconcelos da Silva Junior</i>	
AS LINGUAGENS DO CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO: APONTAMENTOS SOBRE OLIVEIRA VIANNA E FRANCISCO CAMPOS.....	138
<i>Felipe Vinícius Capareli</i>	
SENTENÇA DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE COM BASE EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA: UM CONFLITO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A BOA-FÉ	157
<i>Gustavo Machado Rebouças</i>	

DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E ESPANHA: ABORTO EM PERSPECTIVA COMPARADA.....	174
<i>Júlia Frade</i>	
CIVILIDADE NOS CRIMES HEDIONDOS: DO CONTROLE DOS INDIVÍDUOS À MANUTENÇÃO DA AUTORIDADE DO ESTADO.....	191
<i>Juliano Freires Ramos, Vitor Freire</i>	
O DIREITO À SAÚDE NO CÁRCERE: PERSPECTIVAS DA ATENÇÃO INTEGRAL.....	210
<i>Laura Soares Anderaus, Gabriel Cardoso Cândido</i>	
SUPREMOCRACIA E REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PONTUAL DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 323-DF	223
<i>Nathália Ferreira Brito Spinelli, Maria Soledade Soares Cruzes</i>	
COMO OPERAR — E ENSINAR — O DIREITO QUANDO “DIREITO É O QUE O TRIBUNAL DIZ QUE É”: DIÁLOGO COM HART E A TÓPICA JURÍDICA.....	250
<i>Paulo Moreiro</i>	
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A REAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO ENTRE OS ANOS 2018-2022	276
<i>Pedro Paulo de Tarso Augusto Robrer</i>	
ENTRE O SAGRADO E O PROFANO: A HERANÇA INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONFISSÃO	300
<i>Roberta Puccini Gontijo</i>	
AS RUÍNAS DO CAIS: FRAGMENTOS DA FORMA JURÍDICA DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL OITOCENTISTA	325
<i>Victor Frank Corso Semple</i>	
A ARBITRAGEM NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS.....	345
<i>Victoria Sousa Cagliari Hernandez, Yasmim Beatriz Silveira Santos</i>	

APRESENTAÇÃO

É com imenso prazer e grata satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica a 24ª Edição da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED | UnB).

Em meio a um ano repleto de desafios, com a paralisação das atividades na Universidade de Brasília em virtude da greve docente e dos servidores técnicos, a presente edição representa o resultado do esforço conjunto de um esplêndido corpo editorial, que trabalhou de maneira dedicada e ininterrupta para que os artigos à frente pudessem estar agora nas mãos dos nossos prestigiosos leitores.

Ao longo do ano de 2024, fortalecemos ainda mais projetos desenvolvidos pelas gestões passadas, com especial destaque para o Portal Jurídico dos Estudantes de Direito (PJED), projeto que visa ampliar ainda mais o escopo de divulgação e incentivo à produção acadêmica de graduandos. Atualmente, o PJED congrega 15 colunas de publicação periódica, entre projetos internos e externos à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, e teve o privilégio de contar, no primeiro semestre do ano, com a contribuição de cerca de 45 autores, cujas pesquisas abarcam os mais diversos campos de estudo do Direito.

Além dos 33 artigos publicados no PJED no primeiro semestre do ano, que enriquecem grandemente o debate acadêmico em suas respectivas áreas do conhecimento, compreendemos também nosso compromisso com a pesquisa acadêmica tradicional e com os rigorosos critérios técnicos e metodológicos que essa pressupõe. Nesse contexto, a RED | UnB tem a honra de oferecer à comunidade acadêmica os 15 artigos que, dentre os inúmeros trabalhos recebidos, submetidos por pesquisadores de todas as regiões do país, com as mais diversas titulações, de graduandos a doutores, foram aprovados por meio do processo de *double-blind peer review* e selecionados para integrar a 24ª edição da Revista.

Ao longo da edição, o leitor encontrará textos que partem dos mais vastos temas, esferas do direito e perspectivas teóricas. Temas que vão desde a arbitragem, perpassam discussões acerca de diversos institutos do direito penal e vão até tópicos em direito espacial são abarcados pelos textos cuidadosamente selecionados para esta edição por um Conselho Consultivo composto por cerca de 50 professores que se destacam nestas áreas.

Apresentamos, ainda, dois artigos convidados que são fruto da contribuição de autores de imenso destaque em suas respectivas áreas de atuação

O primeiro deles, uma tradução oficial que a RED | UnB tem a satisfação de apresentar, de maneira inédita, à comunidade lusófona, traz o texto “O Programa

de Leniência Antitruste e suas Repercussões em outros Programas de Leniência no Brasil”, da advogada e professora da Universidade de Brasília Amanda Athayde, que também atuou, entre 2013 e 2017, como Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, e da advogada e ex-assessora do Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) Isabella Accioly. Neste trabalho, as autoras analisam o Programa de Leniência Antitruste no Brasil, inicialmente apresentando uma breve revisão histórica e os requisitos para a assinatura de um Acordo de Leniência, perpassando as etapas do processo de negociação e, por fim, refletindo acerca dos impactos do Programa de Leniência Antitruste em outras áreas da jurisdição brasileira, com uma breve comparação dos diferentes Programas de Leniência existentes no Brasil.

O segundo artigo, denominado “Dissonância entre Política e Direito: Reflexão sobre Jurisdição Constitucional na Perspectiva da Diferenciação Funcional”, é contribuição inédita do Procurador e professor Ulisses Schwarz Viana, que nos presenteia com a relevante discussão acerca dos possíveis sintomas de dissonância entre os sistemas da política e do direito na Jurisdição Constitucional, em uma reflexão teórica que parte da teoria dos sistemas sociais autopoieticos.

Não seria possível finalizar esta apresentação sem uma especial seção de agradecimentos. Reiteramos nossos agradecimentos aos nossos 28 Editores, todos estudantes de graduação da Universidade de Brasília, que dedicaram-se incessantemente ao longo do primeiro semestre do ano para que um trabalho excepcional pudesse ser entregue à comunidade acadêmica e sem os quais a publicação desta edição não seria possível.

Agradecemos também ao nosso Conselho Consultivo, composto por 47 professores, oriundos de todas as regiões do país, que, alinhados à principal missão da RED | UnB, demonstraram seu ávido compromisso com a academia e com a contínua busca pelo incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento do conhecimento jurídico.

Ainda, e especialmente, agradecemos ao nosso patrocinador, Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados. É uma imensa alegria poder contar com uma instituição de tamanho prestígio e saber que não estamos sozinhos na missão de fomento ao desenvolvimento da pesquisa acadêmica que carregamos enquanto periódico estudantil. A parceria desenvolvida com o escritório demonstra que o compromisso da Manesco transcende a excelência da prática jurídica inerente ao brilhante trabalho forense e consultivo que este desenvolve. É um compromisso com as presentes e futuras gerações de juristas e com o contínuo

aprimoramento do campo jurídico, com a consciência de que a academia e a prática jurídica estão intimamente e fundamentalmente interligadas.

Por fim, agradecemos aos nossos leitores, que ano após ano apreciam e confiam em nosso trabalho. O apoio da comunidade é fundamental para manter a chama do conhecimento viva, razão pela qual agradecemos profundamente a cada um que nos prestigia com seu tempo e carinho. Desejamos que esta Edição possa fomentar ainda mais a produção acadêmica e contribuir para o debate e aprimoramento do conhecimento jurídico.

Com nossos votos de saúde e de uma boa e frutífera leitura,

Ana Júlia Dimatteu
Gabriel Santana Spillari

DISSONÂNCIAS ENTRE POLÍTICA E DIREITO: REFLEXÃO SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DA DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL

Ulisses Schwarz Viana¹

RESUMO: O objetivo deste texto é a observação teórico-descritiva de possíveis sintomas de dissonância sistêmica entre o sistema de direito e a política na Jurisdição Constitucional. Perspectivas de análise são colocadas a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos na Sociologia e na Sociologia do Direito. A judicialização da política e a politização do direito são investigadas. As conclusões são apresentadas.

Palavras-chave: Política. Certo. Judicialização. Politização. Sistemas sociais. Autopoiese. Alopoiese. Ativismo Jurídico.

ABSTRACT: The objective of this text is the theoretical-descriptive observation of possible symptoms of a systemic dissonance between the legal system and the political system in the Constitutional Jurisdiction. Analysis perspectives are presented based on the theory of autopoietic social systems in Sociology and Sociology of Law. The judicialization of politics and the politicization of law are investigated. Conclusions are presented.

Keywords: Politics. Law. Judicialization. Politicization. Social systems. Autopoiesis. Allopoiesis. Judicial activism.

1 Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Graduação e em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília); Professor da Pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Professor do Programa de Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Membro da Comissão Especial de Defesa da Federação do Conselho Federal da OAB; Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: ulisses.schwarz@idp.edu.br.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este breve texto tem por objetivo fazer uma observação a partir da sociologia do direito dos fenômenos conhecidos como “judicialização da política” e “politização do direito”, que podem ser analisados como duas faces de uma mesma moeda.

O percurso analítico desenvolvido no texto toma suporte teórico na teoria dos sistemas, na formulação de Niklas Luhmann.

Tal opção teórica parte da percepção de que o pensamento luhmanniano seja apto a servir de instrumento de observação descritiva da imagem confusa do nosso tempo, em que a crise do sistema político, como crise de legitimidade e representatividade, tem levado a disfuncionalidades sistêmicas da política no ambiente social contemporâneo.

Esse horizonte surge como consequência de percepção teórica de crescente politização da atividade jurisdicional.

No Brasil, a situação de conflito atingiu níveis que não podem ser ignorados, com tentativas de promover no Congresso Nacional a destituição, via processo de *impeachment*, de Ministros do Supremo Tribunal Federal, por supostas acusações da prática de atos decisórios que gerariam interferência judicial indevida em questões que são vistas, por agentes políticos, como primária e ‘tipicamente’ sujeitas ao processo de tomada de decisão política, no modelo democrático representativo.

Por outro lado, o destaque dado ao ‘crescimento’ do poder da jurisdição constitucional tem origem em percepções de paralisia do sistema político (legislativo), derivada da ausência de produção legislativa satisfatória que confronte questões controversas no campo dos direitos fundamentais como relações homoafetivas (entre elas, o casamento entre pessoas do mesmo sexo), aborto, educação domiciliar e proteções legais para grupos minoritários ou minorizados. O destaque da jurisdição constitucional no preenchimento de espaços de aparente inação legislativa tem sido identificado como forma de protagonismo judicial, o que se tem denominado de modo bem impreciso de ativismo judicial.

Nesse contexto, com vista a atingir o propósito deste breve artigo e dentro dos limites do necessário para o estabelecimento de pressupostos minimamente claros para sua compreensão, algumas das ideias fundamentais da teoria sistêmica de Niklas Luhmann devem ser delineadas.

2. DIRETRIZES CONCEITUAIS

Enquanto se fala da sociedade como se se cuidasse de um “organismo” aparentemente unitário, Niklas Luhmann (Luhmann, 1993:494-495) propõe que a so-

cidade se realiza através de sistemas sociais parciais (*Teilsysteme*) que diferenciam (*Ausdifferenzierung*) para o cuidado de funções sociais especializadas, guiados pela necessidade de produzir soluções especializadas para problemas sociais específicos, como forma de reduzir a alta complexidade dos tempos atuais.

Contudo, na concepção sociológica luhmanniana estes problemas se constituem, antes de mais nada, por meio da **comunicação**, e, por meio dela, a sociedade é apresentada como um abrangente **sistema de comunicações**.

Aliás, convivemos hoje com *vários conteúdos comunicativos complexos* que necessitam ser diferenciados e organizados, na busca de sentidos compreensíveis em várias esferas sociais. Daí porque cada *temática comunicativa* se relaciona com núcleos produtores e organizadores de sentido (*Sinnbegriff*), ou seja, por meio de sistemas [sociais] funcionais que se especializam em certos aspectos e temas comunicativos, como no caso de questões relacionadas à legalidade e ilegalidade ou constitucionalidade e inconstitucionalidade, nas quais surge o sistema jurídico ou o sistema funcional [social] de direito, permitindo *funcionalidade* em torno das mais heterogêneas expectativas sociais normativas da sociedade.

Ao mesmo tempo, em questões relacionadas com o exercício e aquisição do poder, tais como questões de governo *vs.* oposição, questões relacionadas com a eleição democrática dos representantes do Povo (sistema eleitoral), para as quais temos o sistema de política organizando os sentidos em torno da ideia da *legitimidade do exercício do poder*.

Também na sociologia sistêmica luhmanniana surge o termo autopoiese, que resulta da união de duas palavras gregas $\alpha\upsilon\tau\omicron$ (para si) + $\pi\omicron\iota\eta\sigma\iota\varsigma$ (produção ou criação), utilizadas para postular teoricamente que os sistemas sociais se autoproduzem e se reproduzem (Luhmann, 1984:40) em torno de *núcleos produtores de sentido* especializados sobre inúmeros temas comunicativas da sociedade moderna, juntamente com o termo reprodução.

Elemento central da reprodução autopoietica dos sistemas sociais reside na distinção entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*). Tanto assim é que Luhmann chega a afirmar que: „obviamente, a reprodução autopoietica não pode acontecer sem o ambiente (Luhmann, 1997:67) ².

A informação (emissão comunicativa) que pode constituir objeto de comunicação tornou-se tão multiforme e segmentada na sociedade moderna que deu origem à necessidade de sistemas sociais funcionalmente diferenciados (especializados) como subsistemas da sociedade para o processamento e redução da crescente complexidade (comunicativo-estrutural) do ambiente social.

² Original: „selbstverständlich kann diese autopoietische Reproduktion nicht ohne Umwelt geschehen”.

Temos assim a emergência de uma concepção de sociedade funcionalmente diferenciada e *acêntrica*. Isso porque a partir dessa constatação se indagaria se haveria ainda sentido em saber se é a política, o direito, a economia, a religião, a educação ou sistema sanitário (saúde), o *sistema central protagonista da função comunicativa geral da sociedade*.

A partir do referencial teórico luhmanniano, já não faria mais sentido partir-se de uma concepção ontológico-orgânica (biológico-organicista como a de Aristóteles) porque a sociedade complexa contemporânea passou a se constituir e a atuar por meio de sistemas funcionais (diferenciação sistêmica), estabelecidos pela necessidade de processar e filtrar as “informações” multiformes de um ambiente social altamente complexo, dando-lhes sentido a partir de quadros “**policontexturais**”, com diversificados ‘horizontes de sentido’, fazendo inevitável a redução das cargas de informação de infinitas para finitas (Luhmann, 1998:1) e, desse modo, tornar compreensíveis eventos sociais em contextos *específicos/especializados* (jurídico, político, religioso, econômico, entre outros). Portanto, os subsistemas sociais atuam como núcleos de processamento de informações, como núcleos de significado (Sinn).

A partir dessa contextualização teórica, passamos a pensar se a denominada *judicialização da política*. Para alguns, essa questão tem se apresentado como fator contributivo significativa para o aumento da demanda decisória do sistema jurídico. Em outros termos, os problemas que podem ser gerados ao submeter-se indiscriminada e com excessiva frequência ao crivo de racionalidade jurídica as disputas tipicamente políticas, de polêmicas que conduzem a visões ideológicas e polêmicas que demandariam um debate com abertura *cognitiva ampla* sobre temas relevantes para a produção de soluções *legitimamente* políticas.

Essa realidade pode representar, como supomos, sintoma de incapacidade operacional (problemas na autopoiese, como fechamento operacional) do sistema político na resolução de questões políticas por meios autorreferenciais (internos) por eventuais impossibilidades de formação de ‘consensos’ políticos majoritários, ainda que precários, observando-se a regra da maioria. O sistema não consegue operacionalizar meios adequados de tomada de decisão sobre questões atribuídas constitucionalmente afetadas ao trabalho legislativo, dentro da fórmula da separação de poderes (artigo 2º da Constituição Brasileira).

A crise funcional do sistema político possivelmente se manifesta de forma mais aguda na ausência de (auto)reconhecimento e (auto)observância dos seus próprios processos internos de tomada de decisão, bem como da legitimidade *interna* de seus procedimentos e decisões, legitimidade que passa a ser questionada pelos

próprios atores internos do sistema político-representativo (parlamentares) *fora dos procedimentos legislativos*, em ações e medidas judiciais apresentadas às cortes constitucionais, como, no Brasil, ao Supremo Tribunal Federal.

Descortina-se, assim, o horizonte de *negação* funcional da política de sua prontidão para produzir decisões coletivamente vinculantes (Luhmann, 2000:83-84), o que passaria a ser socialmente percebido como um déficit de legitimação devido às suas dificuldades de autorreferência e de autorreconhecimento de sua racionalidade operacional.

Observa-se que o funcionamento dos órgãos político-legislativos segue a racionalidade decisória submetida ao princípio da maioria, que pressupõe sempre uma dissonância aberta e pública sobre ideias e opiniões (como nas opções ideológicas, por exemplo), que em por sua vez também não é absoluto porque é *contrabalançado por mecanismos internos* de proteção às minorias parlamentares (como visto na norma do § 1º do art. 58 da Constituição Brasileira de 1988).

Mas a judicialização da política, pelos próprios membros dos órgãos político-legislativos, pode consubstanciar processo de corrosão interna da atividade política, podendo ser percebida como um fenômeno de perda progressiva de autorreferência do sistema da política, ou também como sintoma grave da sua crescente paralisia e disfunção sistêmica, uma vez que não cumpre a sua função de estar atento à produção de decisões coletivamente vinculantes (Luhmann, 2000:83-84), por meio do estabelecimento das regras abstratas e gerais (leis) que ponham em marcha os objetivos públicos e políticos, exigidos inclusive pela ordem constitucional, o que tipicamente coloca diretivas para a atuação da administração pública, como subsistema da política.

Por outras palavras, o problema da autopoiese e do seu fechamento operacional em torno de uma racionalidade política fundada nos elementos binários oposição *vs.* governo, maioria política *vs.* minoria política ou partidário *vs.* oponente (Carl Schmitt: amigo *vs.* inimigo), levanta sérias dificuldades na manutenção da diferenciação da sua racionalidade funcional em relação a outras racionalidades funcionais dispersas no meio social, como a jurídica, a religiosa e a estritamente econômica, com procedimentos próprios.

Os partidos políticos ou membros de órgãos político-legislativos, apresentando questões essencialmente políticas perante a Jurisdição Constitucional, através de diversas ações e medidas judiciais, promovem o movimento autocorrosivo de sua capacidade funcional, pela sua incapacidade de resolver *os seus assuntos internos*, ou seja, *judicializando em algumas situações a própria decisão política*, o

que representa uma forma de renúncia à ‘autoridade’ dos seus processos internos, prevista na constituição dentro do seu espaço de autonomia

A ‘busca’ por soluções *externas* para as suas dificuldades *internas* (políticas) também pode ser interpretada como uma forma de oportunismo que se caracteriza pela transferência de responsabilidades decorrente da não assunção dos *riscos* gerados por decisões, transferindo-as para outro sistema da sociedade, neste caso o sistema jurídico, mais precisamente ao judiciário.

Apresentamos como exemplo atual no Brasil a questão constitucional submetida ao Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal) na ADO nº 26 (ação por omissão constitucional). No caso, discutia-se a omissão do Congresso Nacional brasileiro em produzir legislação para proteger grupo homoafetivos, transexuais e outros grupo minorizado, ou seja, medidas legislativas contra a homofobia, o que não foi alcançado devido à pressão de grupos políticos de religiosos contrários a inovações sociais na esfera da questão de gênero e da sexualidade, entendidas equivocadamente como ‘não-convencional’ por setores conservadores da sociedade.

Detalhe importante, a ADO nº 26 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por um partido político, o Partido Popular Socialista. Isso mostra que mais uma vez a impossibilidade de “consenso” majoritário no Congresso Nacional leva um integrante do sistema político (partido) a ‘bater às portas’ da jurisdição constitucional.

Será isso uma dissonância que apenas demonstra, como pensamos, que a judicialização da política começa como resultado de um mau funcionamento e de um certo grau de autorrenúncia ou incapacidade de cumprir a sua função de sua atenção e prontidão para produzir decisões coletivamente vinculativas (Luhmann, 2000:83-84) por parte do sistema político? Possível resposta encontramos na percepção da ausência de produção de decisões dotadas da necessária abstração e generalidade, para estabelecer objetivos políticos e agendas sociais, que, por outro lado, quando judicializados podem colocar a lei, no nosso caso na jurisdição constitucional, diante do problema de sua legitimidade para fazê-lo (substitutivamente), provocando debates infundáveis sobre o modelo representativo de democracia, centrado no ideal dos representantes eleitos pelo povo para exercer o ‘poder político’ (*politische Macht*) (Luhmann, 2002:118-168).

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O RISCO DISFUNCIONAL DA POLITIZAÇÃO DO DIREITO

Podemos pensar agora a partir do cenário descritivo acima delineado, como reflexo da judicialização da política, em identificar outro fenômeno que se relacionaria à percepção social de que, em certa medida, ocorreria uma ‘politização do direito’?.

Em primeiro lugar, cabe observar que, ao menos *a priori*, a ‘politização’ não deve ser confundida com decisões jurídicas baseadas na ideia de revisão judicial (*judicial review*), ou, em outra tradição, de controle judicial da constitucionalidade e da legalidade dos atos legislativos, como, por exemplo, de normas jurídicas relativas à estrutura do sistema eleitoral e político-legislativo na Constituição e na legislação eleitoral.

Esta percepção provavelmente se deve ao facto de ser necessário, *funcionalmente*, que o sistema do direito se restrinja (*self-restraint*) ao espaço regido pela racionalidade jurídica delimitada pelos códigos binários seletivos do que é *direito vs. não-direito*, dando-se realce ao meta-código (Teubner, 2012) **constitucional vs. inconstitucional**. Ou seja, aqui o sistema de direito e o seu sistema judicial permanecem no campo da comunicação sobre o **constitucional** e do **legal** (programação condicional) dirigida a outros sistemas sociais e, finalmente, ao todo da sociedade.

O tema se torna mais sensível quando a opinião pública começa a nutrir e difundir a percepção de que o **sistema judicial** pode ser **politicamente decisivo** em supostas questões **essencialmente políticas** ou, então, que seria reconhecer quão aceitável e possível o exercício de decidir intrinsecamente questões políticas com o pretexto de simplesmente promover a ‘aplicação’ da Constituição e da legislação.

Tal hipótese formada a partir do pensamento luhmanniano, permitiria questionar se as percepções dos observadores sociais acima descritas não são, em certo grau, justificáveis, quando elas sejam analisadas pelo aspecto de que em alguma medida as operações decisórias na jurisdição constitucional e do poder judiciário, em certos casos, poderiam sim conduzir à superação de limites da autorreferência operacional do direito que, ao decidir sobre dissensos sociais e políticos profundos, poderia deixar-se ‘contaminar’ por racionalidades do sistema político, ao decidir a partir de observações regidas por oposição *vs* Governo que demonstrem oscilações decisórias *não congruentes*.

Mudanças de sentidos decisórios sem *irritações sistêmicas* provocadas por **alterações estruturais**, sem mudanças em quadros fáticos e sociais, correspondentes no ambiente social, tais como, por exemplo, somente por mudanças na composição de cortes constitucionais por meio da nomeações de novos juizes constitucionais

que, hipoteticamente, estariam mais alinhados com as visões ideológicas do governo de plantão, como propõem Steven Levitski e Daniel Ziblatt (2018, 118-119; 130-132) ao falarem dos riscos do *'court-packing scheme'*.

Nesta perspectiva, deve ser posta toda a atenção e o cuidado ante reais riscos de politização do sistema jurídico, a qual, se efetivada, conduziria a um problema de disfunção autopoiética (como a perda de autorreferência e da diferenciação funcional entre direito e política).

Um problema muito delicado coloca-se no que diz respeito às cortes constitucionais, precisamente quando produzem decisões constitucionais (*the last word on constitutionality*), ocasião em que é necessário ser mais zeloso e estar mais alerta sobre os 'limites operacionais', ante o fato a própria Constituição se apresentar como um complexo acoplamento estrutural (**conexão estruturante**) entre política (sistema político) e direito (sistema jurídico) (Luhmann, 2002:391). Daí a percepção do risco de politização das decisões em cortes constitucionais, por sua capacidade de criar ambiente favorável a percepções, nem sempre plausíveis, de perda da imparcialidade "política" tão esperada dessas instituições sociais.

Ran Hirschl (2007), em relevante obra monográfica, estuda as origens e consequências do neoconstitucionalismo e, partir daí, propõe a ideia de que caminharíamos para uma *juristocracia* focada nas funções cada vez mais 'pervasivas' de um papel de proatividade política (auto-)assumida por tribunais constitucionais de vários países.

Nesse horizonte, as cortes constitucionais passariam a assumir protagonismo em questões polêmicas que exigiriam soluções talvez prioritariamente legislativas, que por produzirem produzem consenso político, tal como se deu, no Brasil, sobre a questão da omissão legislativa na 'criminalização' da homofobia, decisão do Supremo Tribunal Federal que atraiu atenção e reações de diversos setores, inclusive de alguns que chagaram a questionar a ocorrência de usurpação das funções legislativas e, por outro lado, provocaram manifestações de apoio, principalmente de setores mais progressistas. O que, a nosso ver, demandaria um estudo sobre o papel proativo das cortes constitucionais na esfera dos direitos fundamentais, que não caberia neste breve texto.

Além disso, podemos refletir sobre o alcance de decisões judiciais que envolvem questões de interpretação de regimento interno de casas legislativas, as quais podem ser percebidas pelo sistema político como intervenção indevida do Judiciário em questões *interna corporis*, com reações negativas e acusações de violação à 'separação dos Poderes do Estado'.

Do ponto de vista teórico, a percepção de casos de dissonância sistêmica entre política e direito nos faz concordar com alguns dos diagnósticos de Hirschl (2007) sobre os efeitos da crescente proeminência das cortes constitucionais em questões ‘políticas’ que deveriam ser reguladas pela atividade legislativa, ou seja, pela autopoiese do sistema político.

Para nós o tema causa certa preocupação, pois não se pode deixar de trabalhar com a percepção de que fenômeno da *proatividade jurídica* pode vir a representar um problema sistêmico-funcional, o que exige cautela por parte do sistema jurídico. porque a aproximação excessiva a temas que demandariam uma atuação política podem acabar, se não houver um forte grau de *self-restraint* (autocontenção), a flexibilizar arriscadamente os limites da função social do direito de estabilização **congruente** de expectativas normativas. Sempre estará presente o risco para o sistema ao atuar como ‘legislador positivo’ à guisa de, em todo caso, estar promovendo a interpretação de ‘princípios’ constitucionais, ‘substituindo’ por sua vez o legislador e o administrador público em decisões que representam responsabilidade e assunção dos riscos funcionais próprio do sistema político. O sistema jurídico, bom advertir, passa a ser o ‘garante’ funcional da efetividade de políticas públicas de alta complexidade que não são aptas a ser operacionalizadas por meio e estruturas e racionalidades exclusivamente jurídicas.

Na perspectiva da teoria dos sistemas, em sua versão luhmanniana, talvez possamos chegar a diagnósticas, a depender de cada caso, de um arriscada ocorrência de evento de *alopoiese*, em episódio de tomada de decisão que denotem a perda da autorreferência e da lógica reguladora do funcionamento do sistema jurídico ao passar a estabelecer objetivos políticos abstratos e gerais, que possam colocar o direito diante do problema de sua legitimidade para fazê-lo, e de substituir a política pondo diante dos riscos da decisão ‘*substitutiva*’.

No Brasil, por exemplo, ponto de visto a ser sempre levado em consideração é o modelo de democracia representativa (parágrafo único do artigo 1º da Constituição Brasileira de 1988), com representantes eleitos pelo povo, para o exercício do poder justamente político (Luhmann, 2002:118- 168).

Complexa a questão, como vemos, mais ainda quando se observa o risco sistêmico para o direito de eventual ‘politização’ (em sentido sistêmico). O contexto aponta para a necessidade de avançarmos em estudos e reflexões sobre situações que possam ser traduzidas como substituição (interferências?) indevidas do sistema judicial na tomadas de decisões que constitucionalmente seriam típicas da política, soando talvez ainda mais grave quando isso possa representar interferência judicial

em questões *interna corporis* das estruturas políticas institucionais estabelecidas na Constituição (legislativa e executiva).

Não sem sentido, nesse cenário, a importância da doutrina da autocontenção judicial (autocontenção) do poder judiciário no sistema de *common law* norte-americano, que tem em Oliver Wendell Holmes Jr.³ um de seus maiores defensores.

Uma coisa é o controle judicial da constitucionalidade e da legalidade dos produtos legislativos, outra coisa é a substituição da legitimidade eleitoral da política por decisões da jurisdição constitucional, principalmente quando o sistema político-legislativo atua dentro dos *limites das opções toleráveis*, em termos constitucionais. A substituição da decisão político-legislativa por decisões ‘melhores’, produzidas em decisões judiciais, faz pensar onde se encontra o limite do que é compatível com o modelo de separação e harmonia dos Poderes do Estado (artigo 2º do Constituição Brasileira de 1988).

Resta apenas a percepção ou intuição de problemas sintomáticos de possibilidades reais de politização do sistema jurídico, que merecem ser pensados porque podem ser causa de graves disfunções no sistema jurídico, no que chamamos de ativismo judicial alopoiético (Viana, 2017:451-452).

Por outro lado, apesar de todos os possíveis fatores negativos que têm contaminado atualmente a atividade política, há que ter em conta a relevância da função social tipicamente política relacionada com a produção legislativa, como bem sustenta Jeremy Waldron (1999), pois ao falar da dignidade da legislação, o autor salienta que visões negativas da atividade legislativa (política) traz consigo outro cenário problemático, a idealização desmedida da atividade judicial (Waldron, 1999: 2).

Isso merece ser questionado pela teoria do direito, pois a visão idealizada da atividade judicial não pode perder contato com a *funcionalidade autopoietica (limitada)* do direito que se deve centrar na função sistêmica de generalizar *consistentemente* as expectativas normativas na sociedade, com a devida cautela (*self-restraint*) de não ultrapassar a fronteira que separa direito e política.

Paralelamente, cabe à política redescobrir-se e assumir de modo eficiente sua função de, em última análise, produzir *boas* decisões coletivamente vinculativas (Luhmann, 2002:83-84), sempre dentro da perspectiva da *democracia inclusiva*, na qual todos, inclusive grupo minoritários ou minorizados têm seu espaço e devem ser contemplados no momento do estabelecimento de objetivos políticos abstratos e gerais, na perspectiva representativa (Luhmann, 2002:118- 168), evitando-se,

3 Por cierto, es de interesse la lectura de la reseña de Brian Z. tal en el libro de Frederic Kellog en Holmes Jr, accesible en < <http://ndpr.nd.edu/news/oliver-wendell-holmes-jr-legal-theory-and-judicial-restraint/> >.

desse modo, que haja sobrecarga social sobre a função do direito. Uma das fontes importantes de dissonâncias sistêmicas, como vimos no texto.

4. NOTAS FINAIS

Pela necessária concisão do presente texto, não é possível explorar com grande profundidade a complexa questão da judicialização da política e da politização do direito na complexa e difícil relação entre o Legislativo e o Poder Constitucional, mas esperamos ter conseguido despertar o leitor para o fato de que dissonâncias entre a política e o direito pode representar problemas intersistêmicos, que pode ser observados a partir de novas perspectivas teóricas, como as da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

A conclusão que propomos aqui é que a judicialização da política e a politização do direito são fenômenos que estão hoje em relação direta nas democracias ocidentais, como faces de uma mesma moeda, que trazem à tona a discussão dos limites funcionais e operacionais do sistema social. sistemas que constituem a sociedade moderna, bem como o problema da paralisia de um sistema político que parece incapaz de processar o aumento da complexidade e da contingência das suas próprias funções constitucionais e sociais.

E por outro lado, o questão da jurisdição constitucional tão **(auto)submetida** à sobrecarga de demandas que não se lhe sobra para auto-observar-se a partir das limitações jurídicas, estruturais e semânticas, acabando por assumir riscos inerentes a decisões políticas que não estão dentro de suas funções sistêmicas (típicas), atitude que pode contribuir para evitar a canalização de insatisfações sociais ao sistema judicial, tendo em conta a fase atual da sociedade caracterizada pela fragmentação e diversificação (alta complexidade) das expectativas políticas. Levanta-se, desse modo, o problema das soluções 'judiciais' para questões e problemas sem solução possível no domínio social, económico e político. Enfim, dissonâncias de dissonâncias, na forma de um *regressum ad infinitum*.

Em resumo, a judicialização da política e a politização do direito apresentam-se como sérios riscos de disfunções para dois dos sistemas sociais de grande significância para a sociedade, o da política e o do direito, com consequências para a sociedade que ainda não são totalmente compreendidas.

REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Alex M. (1981). *Autopoiesis, a theory of living organizations*. Nueva Iorque: Elsevier North Holland.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequence of the new constitutionalism*. Harvard University Press: Cambridge.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATI, Daniel (2018). *How Democracies Die*. Nova Iorque: Crown.
- LUHMANN, Niklas (1984). *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (1993) *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (1998). *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- _____ (2000) *Die Politik der Gesellschaft*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- _____ (2010) *Politische Soziologie*. Suhrkamp Verlag: Frankfurt.
- NEVES, Marcelo (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- TEUBNER, Gunther (2012). *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Trad. De Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press
- WALDRON, Jeremy (1999) *The dignity of legislation*. Cambridge University Press: Cambridge.
- VIANA, Ulisses Schwarz (2017) *A jurisdição constitucional e seus limites autopoieticos*. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JR, Nelson (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional: em homenagem a Lenio Streck*. GZ Editora: Rio de Janeiro.

O PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E SUAS REPERCUSSÕES EM OUTROS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA NO BRASIL¹

Amanda Athayde²

Isabella Accioly³

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo realizar uma análise descritiva do Programa de Leniência Antitruste no Brasil, considerado o precursor de outros Programas de Leniência na legislação brasileira, como o Programa de Leniência Anticorrupção e o Programa de Leniência no mercado financeiro. Em primeiro lugar, é apresentada uma breve revisão histórica do Programa, seguida de uma explicação dos requisitos para a assinatura de um Acordo de Leniência no Brasil. Em segundo lugar, o documento detalha todas as fases do processo de negociação de um Acordo de Leniência Antitruste. Por fim, destaca-se alguns dos efeitos do Programa em outros campos da jurisdição brasileira, com uma breve comparação entre os diferentes Programas de Leniência existentes no Brasil em termos de Tipo de infração; Instituição competente; Bases legais; Bases infra-legais; Possíveis beneficiários; Benefícios administrativos; Benefícios penais e Benefícios civis.

1 Tradução de Ana Júlia Dimatteu e Gabriel Santana Spillari (Editores-Chefes da REDUnB). O texto foi originalmente publicado em: Athayde, Amanda. Accioly, Isabella. El programa de clemencia antimonopolio y sus repercusiones en otros programas de clemencia en Brasil. Revista de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Num 21 (2022).

2 Amanda Athayde é Ph.D. em Direito Comercial pela USP, professora adjunta de Direito Empresarial, Concorrência, Comércio Internacional e Compliance na Universidade de Brasília, advogada e consultora jurídica no Pinheiro Neto Advogados e escritora de diversos livros e artigos nas áreas de Direito Empresarial, Concorrencial e Econômico. De 2013 a 2017, atuou como chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade) e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste, referente a casos de cartel.

3 Isabella Accioly é bacharela em Direito pela Universidade de Brasília e advogada na Brasal. Foi Assessora no Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

1. UM BREVE PANORAMA

No Brasil, tanto o Acordo de Leniência Antitruste quanto os Termo de Compromisso de Cessação “representam os principais pilares da persecução pública de cartéis no Brasil” (Athayde & Fidelis, 2016).

O termo “leniência” abrange a noção de “tolerância” ou “clemência”. Um “Acordo de Leniência” consiste em um acordo entre a autoridade pública investigadora e um agente privado, por meio do qual a autoridade concede imunidade ou redução da pena aplicável ao agente, recebendo, em troca, evidências, colaboração material e processual ao longo das investigações. Assim, um “Programa de Leniência” consiste na estrutura legal que fornece incentivos pela autoridade pública investigadora a agentes privados que buscam a negociação de um acordo (Athayde, 2019).

Por sua vez, os Termo de Compromisso de Cessação (TCCs) diferem do Acordo de Leniência, uma vez que não há obrigatoriedade de fortalecer as investigações em andamento, mas o acordo pode ser assinado para encerrar a investigação, como um acordo de não persecução. Na maioria dos casos, esses Termo de Compromisso de Cessação não concedem imunidade, mas apenas redução das penas aplicáveis ao agente privado. E essa diferença em termos de benefícios é intencional, uma vez que os incentivos para os agentes cooperarem com as autoridades devem diminuir quanto mais tempo levar para o agente privado trazer as informações às autoridades públicas (Athayde, 2021).

No contexto antitruste no Brasil, tanto o Acordo de Leniência Antitruste quanto os Termo de Compromisso de Cessação Antitruste são geridos pelo órgão fiscalizador da Concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Ambos os instrumentos têm seus próprios requisitos, são negociados em momentos e estágios específicos da investigação, e resultam em diferentes benefícios para indivíduos e/ou entidades jurídicas que colaboram no campo do direito da concorrência (Athayde & Roriz, 2022). Tendo isso em mente, e ciente de que ambos os instrumentos precisavam de melhor compreensão, o Cade publicou seu Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste sobre o Termo de Compromisso de Cessação para casos envolvendo a persecução de cartéis, buscando tornar suas políticas e práticas mais transparentes e previsíveis⁴.

4 Veja o Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-do-Programa-de-Leniencia-do-Cade_Vers%C3%A3o_Atualizada.pdf; e Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. Disponível em: ht-

Levando tudo isso em consideração, o presente artigo tem como objetivo descrever o Programa Brasileiro de Leniência Antitruste, observando seus possíveis efeitos positivos em outros campos e como ele supera os impactos na área concorrencial. Esse ponto é relevante, uma vez que o Brasil possui novas ferramentas de acordos de leniência no campo da Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 12.850/2013) e nos mercados financeiros (Lei nº 13.506/2017).

Para alcançar tais objetivos, o artigo apresentará primeiramente a história legislativa do Programa de Leniência Antitruste e seus requisitos (II). Em segundo lugar, introduzirá as fases para a celebração de Acordo de Leniência Antitruste com o Cade (III). Finalmente, será possível apontar algumas reflexões sobre a existência (ou não) de efeitos positivos em outros campos com as ferramentas dos acordos de leniência, como nos campos da anticorrupção e dos mercados financeiros. Para esse fim, será feita uma breve comparação entre os diferentes programas de leniência no Brasil por Tipo de infração; Instituição competente; Bases legais; Bases infralegais; Possíveis beneficiários; Benefícios administrativos; Benefícios criminais e Benefícios civis (IV).

2. HISTÓRICO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE E REQUISITOS PARA ASSINATURA DE UM ACORDO

O Programa de Leniência do Cade foi instituído pela Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/94, com o objetivo de fortalecer a atividade de repressão às violações à ordem econômica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Foi a primeira legislação a trazer esse tipo de acordo ao Brasil, que atualmente encontra suas bases nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011.

A premissa básica do Programa de Leniência é que o signatário do Acordo de Leniência confesse e colabore com as investigações, trazendo informações e documentos que permitam à autoridade identificar os demais coautores e comprovar a infração reportada ou sob investigação⁵.

Em geral, os Acordos de Leniência são assinados em casos de cartel, ou seja, quando empresas concorrentes coordenam-se com o propósito de, ou com o potencial de produzir os seguintes efeitos, mesmo que não alcançados: (i) limitar, falsificar ou de outra forma dificultar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii)

[tps://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf)

⁵ Para mais informações acerca das características de um Programa de Leniência efetivo e eficiente, veja: International Competition Network [ICN]. (2017) “*Checklist for efficient and effective leniency programmes.*” Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/leniency-program-checklist/>

dominar um mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer uma posição dominante abusivamente (art. 36, *caput*, I a IV, da Lei nº 12.529/2011). Para a autoridade brasileira da Concorrência, os Acordos de Leniência Antitruste representam um dos principais pilares da persecução pública de cartéis (Athayde & Fidelis, 2016).

A persecução de cartéis no Brasil é realizada em três níveis: administrativo, criminal e civil. Os benefícios da celebração de um Acordo de Leniência Antitruste podem ser usufruídos tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal, conforme disposto no art. 86, parágrafo 4º, c/c art. 87 da Lei nº 12.529/2011. Na esfera administrativa, desde que cumpridos os requisitos acima mencionados, o requerente da leniência evitará multas administrativas (caso a Superintendência-Geral do Cade não tenha conhecimento prévio da infração noticiadas) ou redução de um a dois terços das multas administrativas aplicáveis (caso a Superintendência-Geral do Cade já tenha conhecimento prévio).

Na esfera criminal, a celebração de um Acordo de Leniência suspenderá o prazo de prescrição e concederá proteção contra condenação criminal e penas de prisão em relação aos crimes antitruste previstos na Lei de Crimes Econômicos (Lei nº 8.137/1990) e outros crimes diretamente relacionados à participação em um cartel, como aqueles previstos na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal (conspiração criminosa) (Cade, 2020).

Ambos os benefícios, nas esferas administrativa e criminal, são concedidos definitivamente mediante declaração de cumprimento do Acordo de Leniência pela sessão plenária do Tribunal do Cade, quando o processo administrativo é finalmente decidido (art. 86, §4, da Lei nº 12.529/2011) (Athayde & Fidelis, 2016). Por outro lado, não há benefício concedido ao requerente de leniência na esfera civil, que pode ser responsabilizado solidariamente por danos civis resultantes da sobrecarga causada pelo cartel (art. 927 do Código Civil).

Os requisitos para a assinatura de um Acordo de Leniência no Cade estão listados no art. 86 da Lei nº 12.529/2011 e no art. 198 do Regimento Interno do Cade (RICade), segundo os quais é necessário: (i) “precedência” – a empresa deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) “cessação da prática” – a empresa e/ou indivíduo cesse seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação; (iii) “na data de propositura do acordo, não deve existir evidência suficiente contra o proponente” – no momento da propositura do acordo, a Superintendência Geral não deve dispor de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou pessoa física; (iv) “confissão” – a empresa e/ou indivíduo confesse sua participação na conduta; (v) “cooperação com a in-

investigação e durante todo o processo” - a empresa e/ou indivíduo coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até a decisão final do Cade acerca da infração noticiada; e (vi) “resultados da cooperação” – a cooperação da empresa e/ou indivíduo deve resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e também na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (Athayde & Roriz, 2022). Ao comparar os requisitos para assinar um acordo de leniência no Brasil com as outras disposições previstas pelo campo anticorrupção (Lei nº 12.846/2013 e Lei nº 12.850/2013) e nos mercados financeiros (Lei nº 13.506/2017), bem como na *soft law*, é possível diferenciar os requisitos que são compartilhados por todos os programas de leniência no Brasil dos requisitos que são específicos de algumas legislações. Os requisitos do Acordo de Leniência Antitruste no Brasil podem ser apresentados da seguinte forma:

**Imagem 1 - ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE NO BRASIL
REQUISITOS COMPARTILHADOS POR TODOS E REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ALGUNS DOS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA NO BRASIL**

	Requisitos Compartilhados	Requisitos Específicos	
Requisito presente em todos os programas de leniência do Brasil	<div style="text-align: center;">✓</div> Encerramento da Prática	Precedência	Requisito presente em apenas alguns dos programas de leniência do Brasil
	<div style="text-align: center;">✓</div> Confissão	Falta de provas suficientes contra o proponente ao solicitar um <i>marker</i>	<div style="text-align: center;">✓</div>
	<div style="text-align: center;">✓</div> Cooperação com a investigação e durante o processo	Programas de Compliance	<div style="text-align: center;">✗</div>
	<div style="text-align: center;">✓</div> Resultados da Cooperação	Monitor Externo	<div style="text-align: center;">✗</div>
		Pagamento em dinheiro	<div style="text-align: center;">✗</div>

Fonte: Adaptado de Athayde (2021).

2.1 PRECEDÊNCIA

O requisito de precedência significa que o Cade concede apenas um Acordo de Leniência (imunidade) por conduta – não por mercado/produto. Nesse sentido, apenas a primeira empresa a procurar a autoridade da concorrência sobre uma

conduta e qualificar-se como uma empresa envolvida poderá receber os benefícios. Para todos os *latecomers* (outros membros da conduta) e quiserem colaborar, há a possibilidade de propor um Termo de Compromisso de Cessação ao Cade, cujos benefícios são significativamente menores. Como afirmado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2001), é importante para a eficácia do Programa de Leniência que o primeiro a confessar receba o “melhor acordo”, o que proporciona incentivos para que as empresas sejam as primeiras e, conseqüentemente, gera maior instabilidade para os cartéis.

É possível que empresas do mesmo grupo econômico sejam signatárias do Acordo de Leniência⁶. Da mesma forma, os benefícios do acordo podem ser estendidos a seus diretores, gerentes e funcionários (atuais ou passados), desde que cooperem com as investigações e assinem o instrumento juntamente com a empresa proponente⁷. Mas no caso de o proponente do Acordo de Leniência ser apenas um indivíduo ou indivíduos e o acordo ser feito sem a participação da empresa, seus benefícios não se estenderão à empresa à qual o funcionário está ou estava vinculado⁸. Essa extensão não automática de benefícios visa aumentar a instabilidade do cartel, de modo que todos os participantes envolvidos, sejam empresas ou indivíduos, ainda tenham um forte incentivo para denunciar a prática anticompetitiva ao Cade o mais rápido possível (Cade, 2020). Este é um requisito previsto apenas em alguns dos programas de leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021).

3.2 ENCERRAMENTO DA PRÁTICA

O requisito de que a empresa e/ou indivíduo cesse de participar na conduta noticiada ou sob investigação é exigido a partir do momento da proposta de acordo à Superintendência Geral do Cade (SG/Cade). Ou seja, a partir do momento em que o proponente começa a negociar com a autoridade da concorrência, não poderá mais participar do acordo colusivo, sob pena de não cumprimento de um dos requisitos previstos na Lei nº 12.529/2011. Este é um requisito previsto em todos os programas de leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021).

6 Art. 86, §6º, da Lei nº 12.529/2011, e art. 198, §1º, do RICade.

7 Art. 198, §1º, do RICade.

8 Art. 198, §1º, do RICade.

3.3 FALTA DE PROVAS SUFICIENTES CONTRA O PROPONENTE AO SOLICITAR UM *MARKER*

O requisito de que, no momento em que o acordo é proposto, a SG/Cade não deve ter provas suficientes para garantir a condenação da empresa e/ou do indivíduo, é uma “obrigação interna” para a SG/Cade analisar seu quadro probatório, no momento do protocolo do Acordo de Leniência Antitruste, a fim de avaliar a disponibilidade ou não do *marker* para iniciar a negociação.

Isso significa que, se já houver um Processo Administrativo⁹ protocolado na SG/Cade, não será mais possível assinar um Acordo de Leniência com empresas e/ou indivíduos, uma vez que já foi considerado que há fortes evidências contra os representados.

Por outro lado, se houver um Inquérito Administrativo¹⁰, é necessário analisar as evidências contidas nos registros específicos, para verificar sua robustez e, portanto, se há “evidências suficientes” para garantir a condenação do proponente. A discussão no Inquérito Administrativo envolve uma análise de se há a possibilidade de iniciar a negociação de um “Acordo de Leniência Parcial” com o proponente, o que pode ser feito no caso de um Inquérito Administrativo em fase inicial ou até mesmo intermediário, quando, apesar de ter “conhecimento prévio” da conduta, o Cade ainda não tem evidências suficientes para garantir a condenação do proponente.

Finalmente, se houver um Procedimento Preparatório, é necessário avaliar se há “conhecimento prévio” efetivo da conduta, uma vez que, de acordo com o RICade, sua instauração visa determinar se a conduta em análise é uma questão de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Se o Procedimento Preparatório já possui informações relevantes sobre a conduta anticompetitiva e se a competência do Cade é verificada, não há exigência de um Acordo de Leniência Total, podendo ser apenas o caso de um Acordo de Leniência Parcial. Mas se o Procedimento Preparatório contém apenas representações feitas por meio do “Clique Denúncia”¹¹, notícias na mídia ou informações sobre a existência de uma investi-

9 Art. 146 do RICade: “O processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica será instaurado pelo Superintendente-Geral, garantindo-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa.”

10 Art. 141 do RICade: “O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica, quando os indícios não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.”

11 O “Clique Denúncia” é uma ferramenta online disponível a qualquer cidadão que queira registrar uma denúncia ao Cade. Por meio desse canal online, é possível denunciar práticas anticompetitivas como cartéis, vendas casadas de produtos e serviços, criação de dificuldades às operações de empresas concorrentes, entre

gação em outro órgão da Administração Pública ainda não investigado pelo Cade e sem evidências suficientes para instaurar um Processo Administrativo, pode ser o caso de um Acordo de Leniência Total. Este é um requisito previsto apenas em alguns dos programas de leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021).

3.4 CONFISSÃO

Quanto à exigência de que a empresa e/ou indivíduo confesse sua participação na conduta, a confissão é formalmente registrada quando escrita no Acordo de Leniência, que contém uma cláusula expressa referindo-se à confissão de participação da empresa e/ou pessoa física na conduta anticompetitiva coletiva denunciada. O modelo de Acordo de Leniência foi modificado em 2020 pela SG/Cade, e a cláusula específica de confissão foi alterada para se tornar mais enxuta, sem a menção anteriormente existente de que a empresa declarou desconhecer outras práticas anticompetitivas além daquelas descritas no Histórico de Conduta daquele acordo (Athayde & Roriz, 2022). Esta é uma condição diferente da exigida para a conclusão de um TCC, em relação à qual apenas o “reconhecimento da participação na conduta” é necessário. Esta é uma exigência prevista em todos os programas de leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021).

3.5 COOPERAÇÃO COM A INVESTIGAÇÃO E DURANTE TODO O PROCESSO

A exigência de cooperação plena e permanente com a investigação e o Processo Administrativo é uma obrigação importante imposta às empresas. Nesse sentido, não é suficiente que os proponentes colaborem no início da investigação, apresentando informações e documentos, e que, após a assinatura do acordo, deixem a autoridade antitruste realizar todos os procedimentos sem qualquer cooperação. Trata-se, portanto, de cooperação como uma obrigação de meios.

O Cade considera todos os esforços feitos pelas empresas ao longo da investigação. Um exemplo de cooperação é não apenas a colaboração material, com a apresentação de informações e documentos, mas também a colaboração processual (Athayde & Fernandes, 2016), por exemplo, por meio da apresentação de tradução juramentada de documentos, que se provou muito importante no contexto dos Processos Administrativos de cartéis internacionais (Athayde, 2019).

De acordo com um relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o nível de cooperação exigido pelo Cade é em geral

outras. Operações não notificadas à autarquia também podem ser denunciadas, possíveis quebras de Acordos de Controle de Concentração firmados em atos já autorizados pelo Cade e outros tipos de queixas relacionadas a operações aprovadas pela autoridade antitruste.

maior do que os exigidos nas jurisdições americana e europeia, e os acordos assinados podem ser percebidos como excessivamente onerosos. No entanto, segundo a organização, com o aumento do número de casos derivados de Acordos de Leniência, e com a confirmação do Programa de Leniência pelos tribunais brasileiros, essa característica tende a mudar no futuro¹². Atenção deve ser dada, portanto, para que o Programa de Leniência Antitruste encontre a medida certa entre a exigência de cooperação plena e permanente, que traz benefícios reais à investigação e ao Processo Administrativo, sem, no entanto, pender demais a ponto de desestimular empresas e indivíduos a buscar a autoridade. Essa preocupação é especialmente relevante em relação a cartéis menores, envolvendo empresas médias e pequenas, em estados e/ou municípios (Athayde & Roriz, 2022). Esta é uma exigência prevista em todos os programas de leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021).

3.6 RESULTADOS DA COOPERAÇÃO

Esta exigência refere-se a uma obrigação imposta às empresas dentro dos limites de seu conhecimento, estabelecendo a cooperação como uma obrigação de resultado. Trata-se, portanto, da exigência de que a cooperação da empresa e/ou pessoa física resulte na identificação de outros envolvidos na conduta e na obtenção de informações e documentos que comprovem a conduta denunciada ou sob investigação.

Neste ponto, analisa-se se foi a partir da assinatura do Acordo de Leniência que foi possível realizar uma ação de busca e apreensão, por exemplo, ou se foi por meio do acordo que informações importantes e documentos sobre a conduta foram obtidos. Portanto, entende-se que o cumprimento de tal requisito deve ser analisado pelo Tribunal do Cade quando o Processo Administrativo estiver sendo julgado, momento em que confirma (ou não) os benefícios para as empresas e declara a conformidade (ou não conformidade) com o acordo. A SG/Cade, então, só pode realizar uma análise prospectiva das informações e documentos apresentados pelo proponente do acordo e das perspectivas relacionadas à investigação.

É certo que, quanto mais robusto for o arsenal probatório trazido pelos proponentes, maiores serão as chances de que a SG/Cade entenda que esse requisito será cumprido e, portanto, compreenda a possibilidade de assinatura do Acordo de Leniência.

Vale ressaltar que uma possível decisão do Tribunal do Cade por arquivar um Processo Administrativo iniciado por um Acordo de Leniência devido à insufi-

12 Para mais informações, veja: OCDE. “*OECD peer reviews of competition law and policy: Brazil. 2019*”. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm

ciência de provas não significa necessariamente não conformidade com o requisito de cooperação por parte das empresas. Nesse sentido, menciona-se uma discussão realizada pelo Tribunal Administrativo no final de 2017¹³, quando o arquivamento de duas investigações iniciadas a partir de um Acordo de Leniência no mercado de autopeças foi decidido pelos Conselheiros, mas os benefícios do Acordo de Leniência foram confirmados, resultando na extinção de possível punição das empresas. Este é um requisito previsto em todos os Programas de Leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021).

3.7 OUTROS REQUISITOS NECESSÁRIOS

Há alguns requisitos previstos apenas em alguns dos programas de leniência existentes no Brasil (Athayde, 2021), como a existência ou a implementação de um programa de *compliance* (i), a subordinação a um monitor externo após o acordo de leniência (ii); e o pagamento em dinheiro (iii).

A adoção de um programa de *compliance* (i) não é obrigatória no Programa de Leniência Antitruste, mas tão somente por aqueles acordos referentes à anticorrupção assinados pelo Controlador Geral (CGU) ou pelo Ministério Público (MP). Em síntese, o Programa de *Compliance* é visto como uma ferramenta que promove medidas voltadas à prevenção ou contenção de práticas ilegais dentro da empresa. É uma forma de transferir para as empresas parte de sua responsabilidade no controle da prática de infrações perante a Administração Pública.

Ademais, um monitor externo (ii) apenas pode ser exigido ao celebrar um acordo de leniência com o Ministério Público no Brasil, como uma forma de monitorar e garantir a conformidade com as melhores práticas e outros requisitos estabelecidos.

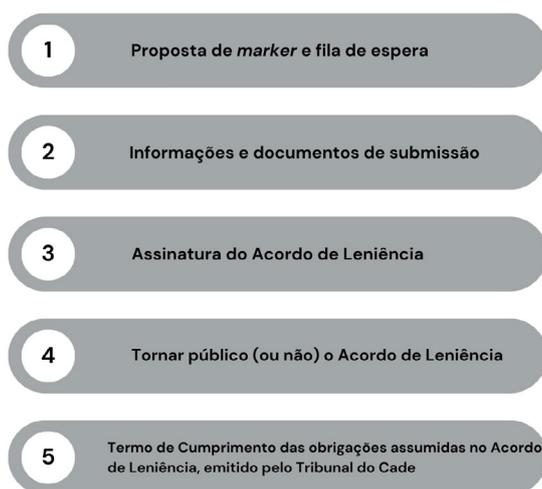
Por fim, o pagamento em dinheiro (iii) pode ser tanto uma multa quanto uma compensação por danos, e é um requisito muito comum em programas de leniência, embora não seja obrigatório em todos os programas de leniência. Não é um requisito previsto no Programa de Leniência Antitruste, mas apenas por aqueles acordos referentes à anticorrupção assinados pelo Controlador Geral ou pelo Ministério Público. O requisito de antecipar o valor dos danos, no entanto, não significa excluir ou descartar completamente quaisquer ações futuras de outros co-legitimados na busca pela plena compensação por danos, quando aplicável.

13 CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.010322/2012-23. Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. Julgado em Dez. 2017; CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.010319/2012-18. Conselheiro Relator: Paulo Burnier da Silveira. Julgado em Dez. 2017.

4. PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE

A negociação de um Acordo de Leniência Antitruste é realizada em cinco fases: (i) fase da proposta do Acordo de Leniência e a concessão de uma senha (“*marker*”) ou fila de espera; (ii) investigação; (iii) fase de assinatura do Acordo de Leniência pela SG/Cade; (iv) fase de tornar público (ou não) o Acordo de Leniência; e (v) fase da declaração final de conformidade com o Acordo de Leniência pelo Tribunal Administrativo do Cade. A negociação e assinatura dos Acordos de Leniência costumavam ser realizadas pelo Chefe de Gabinete da SG/Cade, mas após a Resolução nº 32/2021 houve uma mudança na estrutura do Cade para criar uma nova Coordenação Geral responsável pelo Programa de Leniência.

Imagem 2 - PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE NO BRASIL - AS CINCO FASES



Fonte: Adaptado de Athayde (2021).

4.1 PROPOSTA DE *MARKER* E FILA DE ESPERA

Para realizar o Programa de Leniência, o Cade estabeleceu um sistema de *marker*, o que significa que a primeira empresa ou indivíduo a contatar o Cade para relatar uma conduta e propor um Acordo de Leniência solicitará primeiro um *marker* que indicará que é o primeiro requerente de leniência em relação a tal conduta.

O pedido de *marker* é o que marca o início da primeira fase da negociação do Acordo de Leniência. Começa quando o pedido é submetido à Superintendência Geral do Cade juntamente com informações sobre a conduta relatada, a saber: (i) “quem?” - uma identificação completa do requerente de leniência, bem como a identidade dos outros perpetradores conhecidos da conduta relatada; (ii) “o que?” o mercado, os produtos e os serviços afetados pela conduta relatada; (iii) “quan-

do?” - a duração estimada da conduta relatada, quando possível; e (iv) “onde?” - a localização geográfica afetada pela conduta relatada (no caso de um cartel internacional, deve-se afirmar que a conduta tem pelo menos o potencial de gerar efeitos no Brasil) (Cade, 2020).

Após receber o pedido de *marker*, a Superintendência Geral verificará internamente se um *marker* está disponível em relação à conduta relatada, examinando, por exemplo, se houve um pedido anterior de *marker* por outra empresa relacionada à mesma conduta ou se há conhecimento prévio da conduta no Cade e, nesse caso, se há evidências suficientes para garantir a condenação da empresa ou indivíduo envolvido na conduta. Essa análise será feita dentro de 5 dias úteis (art. 199, §2º, RICade), mas a resposta ao requerente é geralmente fornecida no mesmo dia ou no dia seguinte à apresentação do pedido (Cade, 2020).

Se o *marker* estiver disponível e o requerente obtiver o Termo de *Marker*, sempre que uma segunda, terceira, quarta empresa e/ou indivíduo ou assim por diante consultar a SG/Cade sobre um pedido de leniência, esses *latecomers* ficam “na fila” no caso de o *marker* se tornar disponível novamente. O Cade prepara internamente uma lista de espera em ordem de chegada, garantindo a confidencialidade das negociações em andamento e não permitindo que os proponentes tenham conhecimento de sua posição na fila, o que poderia dar a eles incentivos para destruição de evidências, por exemplo. Por outro lado, há incentivos para o proponente tardio continuar na lista de espera, uma vez que, se a primeira negociação não for frutífera, o próximo será convidado a negociar um novo acordo. A incerteza é importante porque gera incentivos para que os participantes da conduta busquem a autoridade da concorrência mais cedo, desestabilizando ainda mais os arranjos entre concorrentes (Athayde, 2019).

Se o *marker* não se tornar disponível e/ou o Acordo de Leniência for assinado, o segundo requerente e todos os requerentes subsequentes, em ordem de chegada, podem propor um Termo de Compromisso de Cessação ao Cade (Athayde & Fidelis, 2016). Assinar um TCC gera benefícios na esfera administrativa, mas não automaticamente na esfera criminal, e os requisitos para o proponente são: (i) pagar uma contribuição pecuniária; (ii) admitir sua própria participação na conduta investigada; e (iii) cooperar com a investigação. A contribuição financeira é estabelecida com base no valor da multa esperada, que estará sujeita a uma redução percentual que varia de acordo com o momento de apresentação da proposta de TCC e a extensão e utilidade da colaboração do proponente¹⁴.

14 De acordo com o art. 187, incisos I, II e III do Regimento Interno do Cade, a contribuição pecuniária nas propostas de TCC deverá variar como se segue: I - redução percentual entre 30% e 50% da multa esperada para

4.2 SUBMISSÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES

Após conceder o primeiro *marker*, a SG/Cade indicará um prazo para que o proponente apresente a Proposta de Acordo de Leniência. Isso significa que, dentro do período indicado no termo (usualmente um período de 30 dias), os proponentes devem submeter as informações e documentos que já têm disponíveis sobre a infração anticompetitiva relatada. O Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade (2020) especifica as informações e documentos que, como regra, devem ser fornecidos pelo proponente nesta primeira reunião.

Após uma análise técnica pela SG/Cade, se o esforço do proponente para apresentar todas as informações e documentos exigidos for evidenciado, mas ainda houver lacunas, a validade do *marker* e a negociação poderão ser estendidas. Para esse fim, um novo termo de reunião será concedido (art. 202, III e IV, RICade), que definirá, caso a caso, o prazo intermediário para a apresentação das informações e documentos faltantes (art. 199, §3º, com o art. 205, RICade). Assim, várias extensões podem ser realizadas pela SG/Cade, até que se alcancem informações e documentos suficientes para a assinatura do acordo. A negociação só será concluída quando os prazos intermediários definidos pela SG/Cade findarem, conforme disposto pelo art. 205 do RICade.

A SG/Cade também pode solicitar entrevistas com os indivíduos que propõem o Acordo de Leniência, que devem comparecer para esclarecer as dúvidas da equipe técnica. Nessas entrevistas, várias informações detalhadas podem ser obtidas pela autoridade da concorrência, tornando-se uma ferramenta valiosa ao longo da negociação.

Com base em todas as informações e documentos apresentados pelo proponente, a SG/Cade prepara um documento chamado “Histórico de Conduta”¹⁵, que consiste em uma descrição detalhada da conduta anticompetitiva. É um documento anexado ao Acordo de Leniência, preparado e assinado pela SG/Cade, e com o qual os proponentes concordam. Assim, o Histórico de Conduta não é assinado pelo proponente do Acordo de Leniência ou por seus advogados, mas é totalmente respaldado pelas informações que os proponentes apresentam à SG/Cade, de modo que todas as confissões sobre as práticas estão em seus termos. O Cade disponibi-

o primeiro Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; II - redução percentual entre 25% e 40% da multa esperada para o segundo Representado que requerer TCC no âmbito da investigação de uma conduta; e III - redução percentual de até 25% da multa esperada para os demais Representados que requererem TCC no âmbito da investigação de uma conduta.

15 CADE. Modelo de Histórico de Conduta. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/modelo-de-acordo-e-documentos-relacionados/procuracao-de-pessoa-juridica>

liza em seu site um modelo de Histórico de Conduta, em linha com os pilares de transparência, previsibilidade e segurança jurídica dos Programas de Leniência.

Uma vez que todas as informações e documentos exigidos pela equipe técnica da SG/Cade tenham sido apresentados, a proposta do Acordo de Leniência Antitruste é encaminhada ao Superintendente Geral Substituto para análise. O Superintendente Geral Substituto pode solicitar novos ajustes e/ou explicações do requerente de leniência ou pode encaminhar a proposta ao Superintendente Geral para análise final. Se a análise for positiva, a proposta será considerada completa pela SG/Cade e o caso passará para a fase de execução do Acordo de Leniência.

4.3 ASSINATURA DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Os procedimentos para a assinatura do Acordo de Leniência são iniciados tanto pelos requerentes de leniência quanto pela SG/Cade após a conclusão da fase de apresentação de informações e documentos. Todos os requerentes de leniência devem assinar o Acordo de Leniência, incluindo a empresa e/ou os indivíduos, ou seus respectivos representantes legais com poderes específicos para pleitear, negociar, confessar e celebrar o Acordo de Leniência. Eles também devem obter cópias autenticadas de documentos, traduções juramentadas e autenticação consular de documentos estrangeiros e tomar precauções técnicas ao obter provas eletrônicas.

Nesta fase, a SG/Cade também inicia contato com os órgãos do Ministério Público para a apresentação do Acordo de Leniência, quando informações adicionais podem ser solicitadas pelo Promotor de Justiça. Após isso, as partes validarão os termos do Acordo de Leniência e uma data será marcada para sua assinatura.

A partir daí, a SG/Cade pode iniciar um Inquérito Administrativo (art. 66, §1º da Lei nº 12.529/2011) ou um Processo Administrativo (art. 69 da Lei nº 12.529/2011) para investigar a conduta relatada, bem como realizar outras medidas investigativas do caso, como busca e apreensão (art. 13, VI, d, da Lei nº 12.529/2011) e/ou inspeção (art. 13, VI, c, da Lei nº 12.529/2011), solicitação de informações (art. 13, VI, a, da Lei nº 12.529/2011) e/ou outros procedimentos de inteligência. De acordo com Craveiro (2020), houve autorização e execução de mandados de busca e apreensão em 42% dos casos decorrentes de Acordos de Leniência julgados pelo Cade até agosto de 2020.

4.4 TORNAR PÚBLICO (OU NÃO) O ACORDO DE LENIÊNCIA

Em regra, o conteúdo do Acordo de Leniência e todos os seus documentos relacionados são confidenciais e não serão divulgados, mesmo após a abertura de

investigação preliminar ou de Processo Administrativo pelo Cade, exceto em caso de ordem judicial ou por autorização expressa dos beneficiários da leniência. Observa-se que os proponentes do Acordo de Leniência passam a ser chamados de Signatários do acordo. A identidade das empresas será tratada como confidencial e não será divulgada publicamente até o julgamento final pelo Tribunal Administrativo do Cade do Processo Administrativo relacionado à conduta relatada.

Os representados no Processo Administrativo aberto em conexão com o Acordo de Leniência serão proibidos de divulgar informações e/ou documentos a terceiros, outros órgãos governamentais ou autoridades estrangeiras. Esses representados, isto é, as empresas e indivíduos investigados pela conduta relatada, terão acesso à identidade dos beneficiários da leniência e outras informações e documentos do Acordo de Leniência. O acesso a tais informações, no entanto, deve ser utilizado estritamente à luz do princípio do devido processo legal e dos direitos ao contraditório e à ampla defesa dos representados no Processo Administrativo em curso no Cade (art. 208, § 2º, I, RICade).

Caso seja necessária a divulgação ou compartilhamento de informações confidenciais, por ordem judicial ou qualquer outra obrigação legal intransferível, o Signatário do Acordo de Leniência notificará previamente a SG/Cade – ou será informado pela SG/Cade – da necessidade de divulgação das informações. Então, o acesso será concedido exclusivamente ao endereço da ordem judicial e/ou ao titular da prerrogativa legal intransferível, mantendo-se, assim, as informações inacessíveis ao público. Em situações específicas, ainda é possível que o signatário do Acordo de Leniência abra mão do sigilo de sua identidade e/ou do conteúdo do Acordo de Leniência e/ou de seus documentos e demais materiais anexos, no todo ou em parte. Isso dependerá do que for acordado entre o Signatário do Acordo de Leniência, o Cade e o Ministério Público Estadual e/ou Federal, no interesse dos Signatários do Acordo de Leniência ou da investigação. No entanto, o Cade não exigirá que os Signatários do Acordo de Leniência abram mão de sua garantia de sigilo caso desejem mantê-lo.

Em 2016, a SG/Cade elaborou um estudo sobre as experiências internacional e brasileira quanto ao acesso a documentos requeridos por empregados em Acordos de Leniência e TCCs. Foi realizado um *benchmarking* de sete países quanto à regra geral de acesso a tais documentos, bem como às peculiaridades observadas durante a negociação do acordo e após a decisão final do caso. Inspirada na experiência internacional, mas com base na experiência e legislação nacionais, foi realizada consulta pública e, então, foi publicada a Resolução nº 21/2018, que re-

gulamentou oficialmente o acesso a documentos de Acordos de Leniência e TCCs no Brasil¹⁶.

A Resolução nº 21/2018 estabelece, em regra, que os documentos e informações constantes em Processos Administrativos são de acesso público. No entanto, exceções serão mantidas como acesso restrito durante o Processo Administrativo, mas os investigados poderão ter acesso, de modo que o princípio da ampla defesa seja garantido. Há também documentos que, mesmo após decisão final do Plenário do Cade, poderão não ser disponibilizados a terceiros para consulta¹⁷.

A discussão sobre o acesso a documentos e informações dos Acordos de Leniência é complexa e, possivelmente em razão das dificuldades em implementar operacionalmente esse acesso, em 2019 o Cade publicou a Portaria nº 869¹⁸, que regulamentou a Resolução nº 21/2018 do Cade. A Portaria estabeleceu os procedimentos para acessar documentos e informações considerados restritos no âmbito dos Processos Administrativos realizados pelo Cade e que poderiam apoiar reivindicações de indenização por danos competitivos. As grandes mudanças foram que caberá ao Conselheiro Relator, quando o caso for julgado, submeter ao Tribunal uma proposta de publicação de documentos, e que o Cade publicará em seu site a lista dos casos julgados com documentos e informações disponibilizadas. Além disso, dada a sensibilidade da questão neste contexto de aplicação pública *versus* privada, a Portaria previu que a manutenção da confidencialidade das informações estará sujeita a possível pedido de esclarecimento por partes interessadas.

4.5. Declaração final de cumprimento do Acordo de Leniência pelo Tribunal do Cade

O Acordo de Leniência é considerado cumprido e o dever do beneficiário da leniência de cooperar com o Cade cessa após o julgamento do Processo Administrativo pelo Tribunal do Cade. Este é o momento em que o cumprimento de todas as obrigações do beneficiário da leniência será certificado e os benefícios do

16 CADE. Resolução nº 21/2018: Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41422475/do1-2018-09-19-resolucao-n-21-de-11-de-setembrode-2018-41422421

17 A proposta Regulatória no Brasil foi inspirada pelas categorias de proteção total (“*black list*”), proteção temporária (“*grey list*”) e nenhuma proteção exigida (“*white list*”), estabelecidas no “*Commission Staff Working Document*”, um relatório da Comissão Europeia do Parlamento Europeu e do Conselho da UE para a implementação da Diretiva 2014/104/EU, de 26 de novembro de 2014, que versa sobre determinadas regras que regem as ações de indenização nos termos da legislação nacional por infringimento das disposições da lei de concorrência dos Estados Membros da União Europeia. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation.pdf

18 CADE. Portaria nº 869/2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=736758&id_orgao_publicacao=0

Acordo de Leniência serão conferidos (art. 87 da Lei n.º 12.529/2011 c/c art. 209, RiCade).

A análise do cumprimento ou não das obrigações do compromisso é realizada em dois momentos principais. O primeiro, quando o Processo Administrativo é enviado ao Tribunal Administrativo e a SG/Cade opina se, em seu entendimento, as obrigações do acordo foram cumpridas ou não. O segundo, no julgamento do caso, à medida que o Tribunal Administrativo verifica se, de fato, as condições e cláusulas estipuladas no Acordo de Leniência foram ou não cumpridas e se os signatários perderão os benefícios relacionados à multa e outras sanções aplicáveis (art. 207, §1, IX, RiCade). Assim, a declaração final de cumprimento do Acordo de Leniência é uma responsabilidade do Tribunal Administrativo, embora o processo de negociação para o acordo ocorra inteiramente no âmbito da SG/Cade.

Uma vez que o Tribunal Administrativo do Cade declara o Acordo de Leniência como cumprido, os beneficiários da leniência se beneficiarão de: (i) imunidade administrativa nos termos da Lei n.º 12.529/2011, em casos em que a proposta do Acordo de Leniência é submetida à SG/Cade quando esta autoridade não tinha conhecimento da conduta relatada; ou (ii) uma redução de um a dois terços da multa aplicável, nos termos da Lei n.º 12.529/2011, em casos em que a proposta do Acordo de Leniência foi submetida à SG/Cade após a autoridade ter tomado conhecimento da conduta relatada.

Em pesquisa recente (Craveiro, 2020), com base em dados coletados até agosto de 2020 envolvendo 31 processos decorrentes de 34 acordos de leniência já julgados pelo Tribunal Administrativo do Cade, todos os acordos assinados foram declarados cumpridos, mesmo quando, em alguns casos, os elementos trazidos à investigação pelo acordo não conseguiram levar à condenação/confissão de indivíduos ou empresas. Esses dados podem representar uma indicação positiva da eficácia do Programa de Leniência Antitruste, pois demonstraram que houve plena e permanente cooperação dos beneficiários da leniência durante o Processo Administrativo, além de sua interrupção da prática.

5. O SUCESSO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE NO COMBATE A CARTÉIS NO BRASIL E SEUS EFEITOS EM OUTROS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA NO BRASIL, COMO O PROGRAMA DE LENIÊNCIA ANTICORRUPÇÃO E O PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO MERCADO FINANCEIRO

De 2003 a 2021, 104 Acordos de Leniência Antitruste foram assinados pelo Cade¹⁹. O Programa de Leniência Antitruste é considerado uma das ferramentas

19 CADE. Estatísticas do Programa de Leniência do Cade. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>

mais eficientes para detectar, investigar e restringir condutas anticompetitivas com potencial dano à concorrência e ao bem-estar social (Athayde, 2019). Os dados refletem o sucesso do Programa de Leniência do Cade no combate a cartéis como uma das jurisdições mais ativas entre países em desenvolvimento — e até mesmo desenvolvidos (Athayde & Fidelis, 2016). Mais de 2 décadas após sua criação, o Programa de Leniência do Cade alcançou maturidade e alta eficiência. O instrumento estabeleceu suas bases, seguindo a forte tendência global de modernização e como resultado dos esforços feitos para alcançar alta eficiência e cooperação entre as esferas administrativa, civil e penal²⁰.

Em pesquisa empírica com 60 Processos Administrativos iniciados entre 2015 e 2019 para investigar violações relacionadas a cartéis, Chíxaro (2021) encontrou que 36 deles resultaram da execução de Acordos de Leniência (60%), enquanto outros 24 se originaram de outras formas (denúncias, cálculos de ofício, etc.) – 40% do total (Chíxaro, 2021). A mesma pesquisa provou que Acordos de Leniência Antitruste criam um ambiente favorável para a negociação e execução dos Termos de Cessação de Conduta, que são os segundos melhores acordos sob a legislação de concorrência brasileira (Athayde & Roriz, 2021). Entre esses 60 Processos Administrativos, foi encontrado que em 39, TCCs foram assinados. Dentre esses 39, em 31 houve Acordo de Leniência prévio (81,5%) e em apenas oito não houve Acordo de Leniência (18,5%). Com base nesses dados, há indicações de que: 1) TCCs estão mais presentes em processos originados por Acordos de Leniência do que por outros meios; e 2) entre as ações judiciais movidas por força de Acordos de Leniência, há mais casos com TCCs celebrados do que casos sem nenhum TCC. Assim, pode-se concluir que Acordos de Leniência e TCCs são ferramentas importantes da política de combate a cartéis não apenas quando considerados isoladamente, mas também quando considerados pelo prisma de sua inter-relação.

Atualmente, o Cade possui um Programa de Leniência ativo e eficaz, ao qual muito do combate a cartéis no Brasil pode ser atribuído, conforme afirmado pela OCDE (2019). O sucesso do Programa está intimamente relacionado à confiança da sociedade na autoridade da concorrência brasileira, que é um dos principais pilares do Programa de Leniência do Cade: transparência, previsibilidade e segurança jurídica. Nesse sentido, além da necessidade de máxima transparência em relação aos instrumentos e procedimentos na negociação, a autoridade da concorrência

20 CADE. (2021). Programa de Leniência do Cade completa 21 anos e se consolida como importante instrumento no combate a cartéis. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/programa-de-lenien-cia-do-cade-completa-21-anos-e-se-consolida-como-importante-instrumento=-no-combate-a-carteis#:~:text=Neste%20ano%20de%202021%2C%20o,modernizado%20ao%20longo%20dos%20anos>.

deve buscar continuamente preservar a regra de ouro, de modo que aquele que colabora nunca pode estar em uma situação pior do que aquele que não colaborou.

Diante do exposto, é possível traçar algumas considerações sobre onde o Programa de Leniência Antitruste se encontra no contexto brasileiro e, finalmente, se esse teve efeitos positivos em outros campos na jurisdição brasileira.

O acordo de leniência anticorrupção da Controladoria-Geral da União (CGU) ainda possui apenas 13 acordos assinados. O acordo de leniência do Ministério Público (MP), por sua vez, ainda que mais numeroso em termos absolutos, tem sido grandemente inspirado pelos procedimentos e práticas Antitruste. Por fim, os acordos de leniência do Mercado Financeiro ainda não foram lançados, mesmo que previstos pela lei desde 2017. Considerando tudo isso, em termos práticos, o Programa de Leniência Antitruste no Brasil pode ser considerado o pioneiro, com impactos positivos em outros campos que posteriormente adotaram ferramenta semelhante em seus sistemas. Em termos legais, o Programa Antitruste foi basicamente replicado por todas as outras legislações no Brasil que fornecem programas de leniência. Isso pode ser evidenciado pela tabela comparativa com uma visão geral de todos os Acordos de Leniência no Brasil, apresentada a seguir.

Tabela 11 – VISÃO GERAL DE TODOS OS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO BRASIL

	Acordo de Leniência Antitruste	Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional (SFN)	Acordo de Leniência Anticorrupção (CGU)	Acordo de Leniência do Ministério Público (MP)
Tipo de Infração	Infrações à ordem econômica (condutas coordenadas).	Banco Central (BCB): todas as infrações (artigos 3 e 4 da Lei nº 13.506/2017); Comissão de Valores Mobiliários (CVM): todas as infrações.	Infrações previstas na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).	Crimes relacionados à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).
Instituição Competente	Negociado com a SG/Cade. Assinado pela SG/Cade, com a intervenção e anuência do Ministério Público.	Banco Central. Comissão de Valores Mobiliários (CVM).	Autoridade máxima de casa agência ou órgão público. No nível federal: Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU) e Ministério Público. Discussão acerca da competência do Tribunal de Contas da União (TCU) para supervisionar e fiscalização.	Negociado com o Ministério Público e a Polícia. Aprovado pelo juízo.

Bases Legais	Artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011.	A partir do artigo 30 da Lei nº 13.506/2017.	Artigos 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013.	Artigo 129, I da Constituição Federal (CF/88); Artigos 5 e 6 da Lei 7.347/1985; Artigo 26 da Convenção de Palermo; Artigo 37 da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção); Artigo 3, §§2º e 3º do Código de Processo Civil de 2015; Artigos 840 e 932, III do Código Civil de 2002; Artigos 16 a 21 da Lei nº 12.846/2013; Lei nº 13.410/2015; Art. 37, <i>caput</i> da CF/88, Princípio da Eficiência,
Bases Infralegais	Artigos 197 a 211 do RICade; Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade, 2021.	Banco Central: Circular BCB nº 3.857/2017 (alterada pela Circular BCB nº 3.910/2018) e Portaria BCB nº 126/2021; Comissão de Valores Mobiliários: Resolução CVM nº 45/2021.	Artigos 28 a 40 do Decreto nº 11.129/2022; Portaria CGU nº 909/2015; Instrução Normativa CGU nº 13/2019, conforme alterada; Instrução Normativa CGU/AGU nº 2/2018; Art. 40, IV da Resolução nº 347/2022 Resolução TCU nº 366/2024; Guia do Programa de Leniência Anticorrupção da Controladoria-Geral da União, 2023; Portaria Conjunta CGU/AGU nº 4/2019; Portaria Normativa Interministerial nº 36/2022; Acordo de Cooperação Técnico CGU/STF/AGU/MPF/TCU/MJSP, 2022	Estudo Técnico da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF sobre acordos de leniência e Colaboração Premiada; Nota Técnica nº 1/2017 da 5ª CCR sobre acordos de leniência e seus efeitos; Orientação nº 7/2017 da 5ª CCR, sobre acordos de leniência; Nota Técnica nº 2/2018 da 5ª CCR, sobre a utilização de provas decorrentes de celebração de acordos no âmbito da Operação Lava-Jato, compartilhadas com órgãos de controle (destacadamente, a Receita Federal, CGU, AGU, Cade e TCU); Nota Técnica nº 01/2020 da 5ª CCR, sobre Termos de Adesões ou Subscrições de pessoas físicas em Acordos de Leniência, celebrados pelo MPF, nos termos da Lei nº 12.846 e da Lei nº 8.429, no domínio da improbidade administrativa; Nota Técnica nº 2/2020 da 5ª CCR, sobre o Acordo de Cooperação Técnica assinado pela AGU, CGU, TCU e MJSP, em 06.08.2020, com participação do STF, em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos Acordos de Leniência, da Lei nº 12.846/2013; Nota Técnica da 5ª CCR, referente à análise de pontos críticos do Projeto de Lei Substitutivo ao PL nº 10.887/201.

Possíveis beneficiários	Pessoas jurídicas e pessoas físicas.	Pessoas jurídicas e pessoas físicas.	Apenas pessoas jurídicas. Mas há interpretações e acordos que permitem a adesão de indivíduos.	Apenas pessoas jurídicas. Mas há interpretações e acordos que permitem a adesão de indivíduos.
Benefícios Administrativos	<p>Leniência plena: imunidade administrativa plena;</p> <p>Leniência parcial: redução de 1/3 a 2/3 da pena aplicável;</p> <p>Não tem repercussões administrativas em outras instituições.</p>	<p>Leniência plena: imunidade administrativa plena;</p> <p>Leniência parcial: redução de 1/3 a 2/3 da pena aplicável;</p> <p>Leniência parcial (específica do SFN): redução fixa de 1/3 da pena aplicável;</p> <p>Não tem repercussões administrativas em outras instituições</p>	<p>Leniência parcial: redução da multa em até 2/3;</p> <p>Isenção ou atenuação da proibição de contratar com a Administração Pública (inidoneidade) – discussões acerca da competência do TCU para aplicar sanções;</p> <p>Isenção da obrigatoriedade de publicar a punição;</p> <p>Isenção da proibição de receber do Governo Federal incentivos, subsídios e empréstimos.</p>	<p>Não há benefícios administrativos automáticos;</p> <p>Adoção de medidas para estabelecer negociações visando à conclusão de acordos que tenham como objeto os mesmos fatos em outras autoridades;</p> <p>Emissão de um certificado sobre a extensão da cooperação realizada;</p> <p>Compromisso da administração de remover quaisquer restrições de registro.</p>
Benefícios Criminais	Imunidade penal absoluta ou redução da pena aplicável em 1/3 a 2/3 (há intervenção e anuência do MP em Acordos de Leniência Antitruste).	<p>Não há benefícios criminais automáticos;</p> <p>Possível cooperação interinstitucional entre BCB/CVM e MP.</p>	<p>Não há benefícios criminais automáticos;</p> <p>Possível cooperação interinstitucional entre CGU/AGU e MP.</p>	<p>Não apresentação de ações criminais para indivíduos aderentes de baixa culpabilidade;</p> <p>Nenhum benefício para indivíduos de culpa grave, que devem negociar Acordos de Colaboração Premiada.</p>
Benefícios Cíveis	Não há benefícios cíveis automáticos.	Não há benefícios cíveis automáticos.	Não há benefícios cíveis automáticos.	<p>Não apresentação de ações cíveis e sancionatórias (inclusive ações de improbidade administrativa);</p> <p>Suspensão de ações já propostas ou decisões já proferidas com efeitos meramente declaratórios.</p>

Fonte: Adaptado de Athayde (2021).

REFERÊNCIAS

- ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática. 1ª ed. 2019. Fórum.
- ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil Teoria e Prática 2ª ed. 2021. Fórum.
- ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. *Concurrences Competition Law Review*, Paris, vol. 3, 2016.
- ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa. Discovery, Leniência, TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?. *Revista do Ibrac*, vol. 22, 2016.
- ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa. Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution. *Antitrust Chronicle*, vol. 3, 2016. Disponível em: https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/06/Amanda-Andressa.final_.pdf
- ATHAYDE, Amanda. RORIZ, Sarah. Leniência Antitruste e Termos de Compromisso Antitruste na teoria e na prática: requisitos e fases da negociação. in. *Justiça Consensual: Acordos Penais, Cíveis e Administrativos*. SALGADO, Resende. KIRCHNER, Luis Felipe; QUEIROZ, Ronaldo (Orgs). São Paulo: JusPodivm, 2022.
- ATHAYDE, Amanda; RORIZ, Sarah. Pipoca com guaraná: combinando acordos de leniência com os do tipo *second best*. *Consultor Jurídico Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-17/opiniao-combinando-acordos-leniencia-second-best/>
- CADE. Estatísticas do Programa de Leniência do Cade. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas/estatisticas-do-programa-de-leniencia-do-cade>
- CADE. Portaria N° 869/2019. Brasil. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=736758&id_orgao_publicacao=0
- CADE. Requerimento N° 08700.004992/2007-43. Conselheiro Relator: Paulo Furquim de Azevedo. Julgado em: Dezembro, 2008. Brasil.
- CADE. Resolução N° 21/2018. Brasil. Disponível: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41422475/do1-2018-09-19-resolucao-n-21-de-11-de-setembro-de-2018-41422421
- CADE. Regimento Interno do CADE. 2019. Disponível em: <http://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>
- CADE. Lei n° 12.529/2011. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm
- CADE. Inquérito Administrativo n. 08700.010322/2012-23. Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. 2017.
- CADE. Inquérito Administrativo n. 08700.010319/2012-18. Conselheiro Relator: Paulo Burnier da Silveira. 2017.

CHÍXARO, Fernando Martins. Os Acordos depois do Acordo: Da comparação entre Termos de Cessação Conduta homologados no Cade em processo com e sem Acordos de Leniência, entre de 2015 a 2019 [Artigo final da pós-graduação apresentado para a Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. 2020].

CRAVEIRO, Priscilla. Uma régua na Leniência Antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do Programa de Leniência do CADE [Trabalho de conclusão apresentado para a Banca examinadora da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Brasília, 2020].

International Competition Network. Checklist for efficient and effective leniency programmes. 2017. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/leniency-program-checklist/>

OECD. Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e de Concorrência – BRASIL. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm

OCDE. Using leniency to fight hard core cartels. Policy Brief, 2001. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/ca/1890449.pdf>

RUFINO, Victor Santos. Os fundamentos da Delação: análise do Programa de Leniência do CADE à luz da teoria dos jogos. [Dissertação de Mestrado]. Universidade de Brasília. 2016.

CRÍTICA À APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: A EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E A ATECNIA DO ART. 18, I, DO CÓDIGO PENAL

CRITICISM OF THE APPLICATION OF EVENTUAL INTENT IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW: DRUNK DRIVING AND THE TECHNICAL INADEQUACIES OF ART. 18, SECTION I, OF THE PENAL CODE

*Ana Clara Almeida de Abreu¹
Vicente da Rocha Paraíso²*

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar os contornos da aplicação do “*dolo eventual*” no processo penal brasileiro. Ao estudar tal conceito, crucial, preliminarmente, rememorar os pilares da culpabilidade, que marcam o surgimento do instituto. Para tanto, se inicia com uma análise histórica da punição, demonstrando o crescimento da impulso social por formas mais rígidas do ato de punir. Verifica-se que, diante desse contexto punitivo, existe uma flexibilização de institutos processuais, visando a possibilidade de punir mais, o que pode ser observado no contexto da aplicação do “*dolo eventual*”.

Palavras-chave: dolo eventual; culpabilidade; punitivismo; teoria da vontade; encarceramento.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the contours of the application of “*eventual intent*” in the Brazilian criminal procedure. When studying this concept, it is crucial, preliminarily, to remember the pillars of culpability, which mark the emergence of the institute. To this end, it begins with a historical analysis of punishment, demonstrating the growth of social desire for more rigid forms of punishing. It appears that, given this punitive context, there is a relaxation of procedural institutions, aiming at the possibility of punishing more, which can be observed in the context of the application of “*eventual intent*”.

Keywords: possible intent; culpability; punitivism; theory of will; incarceration.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: anaclaabreu@gmail.com

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. E-mail: vicenteparaiso7@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Ao se dedicar no estudo do processo penal brasileiro, se tem como uma das primeiras reflexões o fato de que o nosso ordenamento prevê muitos tipos penais. Isso significa que muitas condutas são consideradas crimes, e recebem punições, de acordo com o grau de periculosidade que lhe é imputado.

Nesse contexto, se tem a teoria do dolo eventual gerando fortes inquietações entre os estudiosos do processo penal e da criminologia. Isso porque, conforme será desenvolvido na presente pesquisa, envolve a análise de uma esfera subjetiva do delito, que, justamente pela falta de objetividade, é de difícil comprovação probatória³.

Dessa forma, o enquadramento do crime como doloso perpassa uma análise do julgador, que, não tendo elementos suficientes para auferir a subjetividade do agente do crime, irá também fazer um julgamento com certo grau subjetivo.

Admitindo a vivência em uma sociedade que, apesar de ter evoluído, em certo grau, no que tange à penas bárbaras e que firam a dignidade humana do encarcerado, segue sendo essencialmente punitivista, se faz necessária a reflexão sobre como as penas do nosso ordenamento têm sido aplicadas e quais finalidade têm sido buscadas com sua aplicação.

No que tange à teoria do dolo indireto, muito já vem se discutindo entre a doutrina brasileira sobre ser uma arma no processo penal da vingança. Convém, portanto, compreender o que permitiu transformar essa tese jurídica neste instrumento avesso aos objetivos do processo penal⁴.

Através de profundas análises do processo histórico do surgimento da teoria do dolo eventual e da forma de aplicação no processo penal brasileiro, se concluiu que o maior problema se assenta na brecha dada pelo art. 18, inciso I, do Código Penal, ao dispor de forma muito aberta sobre o dolo indireto, possibilitando interpretações extensivas para condenações equivocadas em crime doloso.

2. AMPLIAÇÃO DA PUNIÇÃO: PANORAMA HISTÓRICO DO IMPULSO ESTATAL DE PUNIR COM MAIS INTENSIDADE

Preliminarmente, é importante destacar que o crime nasce de uma construção jurídica. Ele não existe *per se*, entretanto, é convencionalizado, através de um processo de criação legal, por meio do qual uma conduta será definida como criminosa.

3 EIRA, I. C. *Teoria do dolo e sua subversão em prol de um direito penal da vingança*. 2014. 65 f. Monografia (Bacharel em direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

4 EIRA, Isadora Calazans Eira. *Teoria do dolo e sua subversão em prol de um direito penal da vingança*. 2014, 67 páginas. Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Frisa-se, então, que determinada ação só pode ser considerada crime porque foi assim convencionalizada. Nesse sentido, ao dizer que algo é “crime” não se refere diretamente a uma ação em si, mas ao ato de julgá-la como tal, dentro de parâmetros que foram juridicamente criados⁵.

Dentro desse contexto é que podemos observar, por exemplo, o surgimento (expansivo, inclusive, no direito penal brasileiro) de novos tipos penais. Atitudes que outrora não eram consideradas crimes, passam a ser por escolha do legislador.

Mesmo tendo como motivação o interesse social e a necessidade, em suma, não é a ação por ela mesma que a torna crime, afinal, nem sempre o foi assim considerado. É, portanto, o julgamento que passou-se a fazer sobre ela.

Tal reflexão é importante para vislumbrar que os contornos da punição estatal perpassam vieses que vão além da razoabilidade e proporcionalidade de determinada conduta. Isso porque, tendo em vista não ser o crime uma definição completamente objetiva⁶, mas criado através de um processo com certo grau de subjetividade, ao passo que envolve, necessariamente, uma análise humana da situação, sempre serão levados em conta valores pessoais e morais nessa classificação.

Por isso, é crucial uma análise histórica de como a punição estatal foi sendo encarada ao longo do tempo, pois é essa tratativa que vai nortear a visão sobre a ampliação da ânsia de punir com maior intensidade, acreditando que isso irá combater a criminalidade.

Nesse sentido, importante iniciar o aparato histórico relevante para a temática citando a época em que o crime era visto como uma ação que feria pontualmente à vítima, no direito europeu primitivo.

À época, era responsabilidade da vítima se vingar de quem cometeu o delito contra ela, através do instituto da *ranche*⁷. Além da vingança, ainda, especificamente no direito germânico, as partes poderiam se resolver entre si, através de uma espécie de autocomposição⁸, permanecendo, contudo, como responsabilidade dos particulares envolvidos a solução de seu conflito.

5 DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal: De Boeck, 1996, v. I, p. 16-17.

6 TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 264p.

7 JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, v. 47, n. 6, mar./abr., 1957, p. 647-666.

8 SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, p. 24-25.

Essa visão de crime como violação a um direito estritamente individual da vítima foi sendo desmembrada, ao passo que houve, na Idade Média, uma busca por centralização política por parte do rei, soberano no estado absolutista⁹.

Com isso, os delitos foram tomando proporções em que os mais graves deveriam ser levados ao rei, que solucionaria o problema, deixando de ser uma questão exclusivamente privada entre as partes.

No período pré-iluminista, porém, no início do século XVIII, há uma mudança na concepção da fonte da autoridade do Soberano. Ele não mais tem esse *status* por força divina, mas é buscada pela própria natureza humana¹⁰, tendo seu poder baseado no contrato social, sendo um representante da vontade da sociedade.

Nesse ínterim, então, aquele que comete um ilícito deixa de ser apenas inimigo do rei, passando também a ser considerado como inimigo da sociedade¹¹, sendo a figura do rei, nesse caso, essencial para aplicar uma punição proporcional ao mal causado, que, sendo agora encarado como violação ao contrato social como um todo, deve ser punido com maior rigor, através do representante dessa sociedade.

Assim, torna-se insuficiente simplesmente ressarcir o dano cometido à vítima, pois ferir o contrato social incide a necessidade de uma punição maior, mais intensa, sendo, durante os séculos XVIII e XIX, o discurso punitivista muito fortificado¹².

Dessa forma, a punição passa a ganhar novos limites. Antes, tinha o corpo do criminoso como principal alvo da punição estatal, que era orquestrado nos grandes espetáculos dos suplícios. Contudo, mascarado pelo desejo de humanizar mais a punição, passou-se a punir a liberdade, suprimida pelas penas de prisão¹³.

Foi nesse contexto, então, que no período iluminista, *Cesare Beccaria*, incomodou-se com as penas intensas que seguiam sendo aplicadas aos criminosos, agora

9 DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIREs, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal: De Boeck, 1996, v. I, p. 19-20.

10 TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 264p.

11 FOUCAULT, Michel. *La vérité et les formes juridiques*. In: *Dits et écrits*, t. II, p. 538-646. Paris: Gallimard, 1974, p. 590.

12 TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 264p.

13 E que, frisa-se, segundo as palavras do próprio Foucault, sempre precisaram ser acompanhadas por sanções no corpo do condenado: “*Porém castigos como trabalhos forçados ou prisão — privação pura e simples da liberdade — nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra. Consequências não tencionadas mas inevitáveis da própria prisão? Na realidade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico. A crítica ao sistema penitenciário, na primeira metade do século XIX (a prisão não é bastante punitiva: em suma, os detentos têm menos fome, menos frio e privações que muitos pobres ou operários), indica um postulado que jamais foi efetivamente levantado: é justo que o condenado sofra mais que os outros homens?*” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2019.

através das prisões. Assim, escreveu sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, na qual defendeu a necessária proporcionalidade entre o crime cometido e a pena recebida, tendo em vista que, após a extensão da admissão do crime como uma violação ao contrato social, passou a não mais ser exigida uma proporcionalidade na punição aplicada.

Desde então, discussões sobre um encarceramento e uma aplicação de pena que respeite a dignidade humana daqueles que cometem um delito são comumente vistas na academia do direito penal e da criminologia.

O ponto central da presente pesquisa, entretanto, é: houve, de fato, uma mudança de chave na visão punitivista da sociedade? Ou apenas criou-se novas formas, menos violadoras dos direitos e garantias fundamentais, de punir com intensidade?

Para potencializar essa reflexão, torna-se notável um trecho da obra de *Beccaria*¹⁴, que, apesar de escrita séculos atrás, retrata ainda, dada as devidas proporções, a realidade hoje vista no nosso sistema criminal

Contudo, se as luzes de nosso século já conseguiram alguns resultados, ainda estão muito distantes de ter dissipado todos os preconceitos que alimentávamos. Não houve um que se erguesse, senão fracamente, contra a barbárie das penas que estão em uso em nossos tribunais. Não houve quem se ocupasse em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descuidada em toda a Europa. Raramente se procurou desarraigá-la, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde há muitos séculos; e muito poucas pessoas procuraram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos de um poder ilimitado, e extirpar os exemplos bem comuns dessa fria atrocidade que os homens poderosos julgam um de seus direitos.

Contudo, os dolorosos gemidos do fraco, que é sacrificado à ignorância cruel e aos ricos covardes; os tormentos terríveis que a barbárie inflige em crimes não provados, ou em delitos quiméricos; a aparência repugnante dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os desgraçados, que é a incerteza; tantos métodos odiosos, difundidos por toda parte, teriam por força de despertar a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que orientam as opiniões humanas.

Com o auxílio do aparato histórico, então, é possível observar que ao longo dos anos, a sociedade ampliou, não só a forma como pune, mas toda a concepção da punição. Foi o processo de compreensão do agente do crime como inimigo da sociedade que possibilitou a aceitação de penas bárbaras e profundamente intensas, mesmo, por vezes, sendo desproporcional ao delito efetivamente cometido.

Hoje, porém, apesar da evolução das penas, para uma punição que esteja mais conforme aos parâmetros da dignidade humana, não pode-se afirmar que a

14 BECCARIA, Cessare. *Dos Delitos e Das Penas*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 1764, pgs. 14-15.

ânsia punitiva estatal (que, por sua vez, é social, sendo o Estado, no contexto do contrato social, a força da sociedade) se acalmou.

Nesse contexto, a título de exemplo, torna-se importante citar um famoso movimento estadunidense, ocorrido no final da década de 70, que ficou denominado como “*law & order*”. O cerne do movimento denuncia o conceito, introduzido por Gunther Jackobs, do “*direito penal do inimigo*”¹⁵.

O movimento citado surgiu após a criminalidade no país crescer potencialmente, momento no qual foi vendido à população o discurso sobre a necessidade de estabelecer a ordem nas cidades, através do endurecimento e expansão das leis penais.

Frisa-se que esse movimento aconteceu no final do século XIX, demonstrando que, conforme Beccaria havia concluído séculos antes¹⁶, apesar das evoluções no que tange às penas bárbaras no contexto do direito penal, seguimos tendo no ente estatal a ânsia por punir e se vingar com maior intensidade do agente do crime, alterando apenas os meios através dos quais esse desejo desenfreado se concretiza nas condenações e execuções das penas.

Vingança essa não mais impetrada através dos bárbaros suplícios, mas, por exemplo, através das “masmorras capixabas”, nome que faz referência à grande crise no sistema carcerário do Espírito Santo em 2009. Nesse contexto, importante destacar o que era encontrado nas unidades prisionais do estado, à época¹⁷

Foram denunciados nesta enorme crise, conhecida como a era das “masmorras capixabas”, ou das “masmorras de Paulo Hartung”, problemas tais quais: excessiva superlotação das unidades propriamente prisionais e, também, das celas em Departamentos de Polícia Judiciária (DPJ); doenças infectocontagiosas entre os internos; torturas, mortes, esquartejamentos dentro das unidades; utilização de micro-ônibus e outros veículos policiais e de contêineres como celas de aprisionamento (sendo estas últimas intituladas como “celas metálicas” ou, em alguns casos, “celas micro-ondas”, por não possuírem saídas de ar ou qualquer outra mínima estrutura) entre esgoto e acúmulo de lixo.

O ponto é que a narrativa do sistema carcerário capixaba denunciada à ONU não é uma situação isolada no cenário carcerário nacional. E, além disso, considerando tal relato, torna-se impossível admitir que a pena de prisão esteja sendo aplicada de maneira humanitária e proporcional, como por vezes se tenta justificar.

15 SILVA, L. T. *Algumas reflexões sobre o Direito Penal Máximo*. REVISTA DE DIREITO MACKENZIE, v. 6, p. 217-224, 2012.

16 BECCARIA, Cessare. *Dos Delitos e Das Penas*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 1764, pgs. 14-15.

17 FERNANDES, Thayla; Rosa, Pablo Ornela. *Teoria do capital humano e o discurso da ressocialização: docilizações, produção do homo oeconomicus e resistências na era da biopolítica*. In: IV ENADIR, 2015, São Paulo. V ENADIR, 2015.

Nem mesmo que esteja cumprindo com sua função de “tratamento”, conforme previsto na Lei de Execução Penal¹⁸.

Diante disso, temos, então, duas complexidades presentes no contexto do encarceramento brasileiro hoje, que vão além da suposta impunidade, muito reclamada pelos cidadãos: a expansiva criação de crimes e o velado desejo de puni-los com maior intensidade.

Ambos os fenômenos, além de legitimados pelo apoio popular, demonstram que o impulso estatal de investir em formas mais intensas de punir continua sendo presente, mesmo que de forma mais velada. É nesse contexto que temos uma forte ampliação da interpretação acerca da teoria do dolo eventual.

Por isso, ao analisar as atuais condenações pelo enquadramento de dolo eventual no processo penal brasileiro, é essencial considerar a evolução da conceituação de crime e da punição no decorrer da história. Afinal, são tais contornos históricos que nos esclarecem o grau de vingança que, na verdade, tem sido buscado com a aplicação de tal instituto.

Isso porque verifica-se que a aplicação da teoria do dolo eventual se dá, em muitas vezes, fora dos limites razoáveis e proporcionais, o que nos leva a concluir que tem como principal força propulsora, de fato, a ânsia de punir mais intensamente, ao invés do efetivo enquadramento no dolo indireto.

Diante disso, então, torna-se necessário avaliar a assertividade da aplicação desse instituto na realidade fática. É aceitável utilizarmos uma ficção jurídica apenas para atender a expectativa de uma punição mais intensa, presente nessa propensão estatal, há vários séculos? É o que se propõe a discutir.

3. DO DOLO EVENTUAL: A ATECNIA DO ART. 18, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, importa destacar a conceituação de dolo. Nesse espeque, considera-se útil àquela feita por PATRÍCIA LAURENZO COPELLO¹⁹

o dolo como pressuposto do delito, aparece pela primeira vez no Direito romano, onde foi concebido com perfis muito nítidos e definidos, identificando-o com a intenção ou, melhor ainda, com a ‘má intenção’ ou malícia na realização do fato ilícito.

18 Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.**

19 COPELLO, Patricia Laurenzo. Apud. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 183.

O conceito acima disposto aborda uma concepção determinante para o enquadramento de um crime como doloso, de fato, sem ignorar o dolo indireto, já devidamente abordado pela doutrina, desde os primórdios da discussão sobre dolo e culpa (tanto que Carrara cuidou de discorrer sobre o assunto, conforme será citado em breve). Trata-se da questão da “malícia”, mencionada pela autora.

Ocorre que para restar configurada a presença do elemento subjetivo do dolo é necessário que haja ou a intenção em cometer especificamente aquele delito, ou, ao menos, que de forma consciente, o agente conheça claramente a possibilidade de sua ação gerar o resultado criminoso.

Em ambas hipóteses citadas, então, precisa restar configurada a ‘malícia’ quanto ao delito, que pode também ser encarada como uma plena consciência sobre a possibilidade do resultado do crime.

Nesse contexto, é crucial abordar a conceituação feita pelo jurista *Francesco Carrara*. O autor discorre sobre a formação do delito, o dividindo em duas fases de criação: subjetiva e objetiva.

O momento subjetivo do delito consiste em uma manifestação exclusiva no intelecto do agente do crime. Ou seja, envolve necessariamente o pensar no crime, seja pela estrita vontade de atingir o resultado, ou simplesmente no pensamento consciente de que aquele resultado ilícito poderia vir a acontecer, mas, sem que esse conhecimento o impeça de cometer aquela ação²⁰.

Por sua vez, o momento objetivo, que é quando o delito realmente é cometido, consiste na exteriorização do pensamento que estava presente na mente do agente do ilícito²¹.

Partindo, agora, da análise histórica do conceito de dolo eventual, entra-se no que a legislação penal brasileira traz sobre o assunto. A caracterização de crime doloso encontra-se no art. 18, I, do Código Penal, contando com a seguinte redação

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo

Observa-se, então, que há na lei brasileira uma extensão do conceito, admitida pela expressão “*assumiu o risco de produzi-lo*”. A sentença gramatical do dispositivo

20 CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. 10. ed. Firenze: Fratelli Camelli: 1907. v. 1.

21 CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R.M. *A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A DETURPAÇÃO CONCEITUAL DE INSTITUTOS DE IMPUTAÇÃO: O DOLO EVENTUAL*. In: Nestor Eduardo Araruna Santiago ;Paulo César Corrêa Borges ;Claudio Macedo de Souza. (Org). DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 1ed.Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 25-45.

legal não contempla o elemento da ‘malícia’, requisito necessário para a caracterização de dolo, tanto direto como indireto, conforme a doutrina definiu.

Nesse espeque, observa-se que a abrangência do dispositivo gerou uma verdadeira brecha na lei, que permite os julgadores entenderem o conceito de crime doloso para casos que, se fosse levado em consideração a pura conceituação de dolo eventual, não poderiam ser enquadrados dessa maneira.

Fato é que a caracterização do crime como doloso sem, entretanto, haver efetivamente a vontade do agente, gera bastante estranheza ao se estudar sobre o assunto²².

Afinal, sendo um requisito do dolo a consciência quanto ao delito, é incongruente admitir hipóteses em que seja admitido doloso um delito cometido sem que tenha havido esse processo mental de pensamento sobre o crime, mesmo que seja apenas no sentido de aceitação do resultado ilícito.

Dessa forma, considera-se muito aberta a parte do dispositivo trabalhado que versa sobre “*assumir o risco de produzi-lo*”, pois não faz qualquer menção a esse processo subjetivo de pensamento do delito, que é essencial para a caracterização do dolo.

O receio, então, se assenta na possibilidade de legitimar uma interpretação muito extensiva do dolo indireto, abrindo brechas para o uso desse instituto como uma forma de suprir a ânsia punitiva do Estado e da sociedade.

Em uma análise das condenações em casos concretos no processo penal brasileiro, em que tem-se tido a aplicação do dolo eventual de forma categórica em casos análogos, sem a necessária avaliação do caso em específico, observa-se a grande distorção que a atecnia do art. 18, I, trouxe, com a abrangência do dolo eventual.

4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NOS CASOS ENVOLVENDO EMBRIAGUEZ NO TRÂNSITO

É bastante frequente que, ao nos depararmos com a possível ocorrência de um ato considerado criminoso na esfera social, surja um clamor fervoroso por “justiça”. Nessas circunstâncias, é comum observarmos um espetáculo que se desdobra, onde os observadores sociais se adornam com a toga não em prol da correta aplicação da lei mas sim para, em nome dela, restringir direitos e garantias fundamentais, impondo sentenças e execuções das penas conforme suas próprias convicções.

Alguns podem argumentar que tal comportamento decorre de uma percepção generalizada de impunidade. No entanto, uma análise mais aprofundada revela

22 VIANA, E. Dolo como compromisso cognitivo. 1º ed. São Paulo: MacialPons, 2017.

que a punição muitas vezes se manifesta como um mecanismo automático, caracterizando-se como uma tendência arraigada, assim como uma tendência atemporal da moda que persiste por gerações.

Um exemplo clássico desse automatismo punitivo reside nos processos relacionados à Lei de Drogas. Para além das questões de marginalização e seletividade, os casos envolvendo substâncias entorpecentes frequentemente ficam sujeitos à discricionariedade policial.

Nesses contextos, a palavra do policial quase sempre triunfa sobre a do acusado em relação à capitulação jurídica, deixando-o com chances mínimas de sucesso em sua defesa diante das acusações. Tal cenário contribui para a automação do processo de punição.

No entanto, o processo de automatização da punição assume, às vezes, características de técnica legislativa, jurisprudência e subjetivismo doutrinário, especialmente no que diz respeito ao dolo eventual nos crimes de trânsito envolvendo embriaguez. Como observado por Eugênio Raúl Zaffaroni²³, ao explorar a fronteira entre o dolo eventual e a culpa, adentramos em um terreno movediço, principalmente no processo penal. E é por tal caminho instável que avançaremos.

Nas últimas décadas, a doutrina penal tem dedicado esforços consideráveis para delinear as distinções entre o dolo eventual e a culpa consciente. Entretanto, como apontam Leonardo de Bem e João Paulo Martinelli²⁴, no contexto brasileiro, essas iniciativas teóricas muitas vezes são negligenciadas ou substituídas por abordagens simplificadas.

A controvérsia em torno da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente se intensifica especialmente nos casos de embriaguez ao volante. Para alguns, é surpreendente que a pena para o crime de homicídio culposo no trânsito seja inferior à pena prevista para o homicídio doloso simples.

Com a promulgação da Lei nº 13.546/2017, a pena mínima para homicídio culposo no trânsito causado por condutores sob a influência de álcool ou substâncias psicoativas que induzem dependência foi aumentada, aproximando-se do mínimo legal estabelecido para o homicídio doloso.

Ainda assim, a aplicação da culpa consciente apresenta dificuldades, mesmo em casos envolvendo condutores com baixo nível de consumo de bebidas alcoólicas ou substâncias psicoativas.

23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 13.ed. rev. e atual - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 448.

24 MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. Direito penal parte geral: lições fundamentais. 8. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 635.

Nesse contexto de conflito entre as dimensões criminal e legislativa, observam-se aumentos significativos nos casos de crimes cometidos por condutores com a capacidade psicoativa comprometida por substâncias intoxicantes. Sobre esse assunto, Israel Jorio²⁵ pontua:

“Os homicídios culposos na direção de veículo automotor, em especial, têm se revelado uma pedra no sapato. Principalmente os que envolvem a condução sob efeito de álcool e as disputas automobilísticas não autorizadas (pegas ou rachas). Não se questiona a necessidade de repensar a política criminal referente a tais delitos de trânsito. Afinal, de fato, cuidamos de infrações frequentes e que são dotadas de grande poder ofensivo.

Do ponto de vista jurisdicional penal, o Poder Judiciário tem deixado de ser um executor das políticas criminais formuladas pelo Poder Legislativo, assumindo cada vez mais o papel de criador de suas próprias diretrizes políticas. A decisão judicial, portanto, transcende a simples aplicação técnica das leis com base em princípios e na dogmática, tornando-se um processo pelo qual se definem e se escolhem estratégias de controle social por meio do direito penal.²⁶

Em outras palavras, por vezes, o Poder Judiciário apenas se amolda aos desejos punitivos sociais, que legitimam a punição por meio da banalização da figura do dolo eventual.

Quando a aplicação do dolo eventual se torna uma resposta automática às pressões sociais, quase sempre punitivistas, compromete-se princípios fundamentais aplicáveis à justiça criminal.

Em síntese, homicídios no trânsito não podem ter o elemento de culpa ou dolo verificados automaticamente. Apenas uma análise objetiva demonstraria a melhor categorização. Afinal, punir de forma idêntica o condutor que ingeriu uma dose moderada de álcool e aquele que ingeriu uma quantidade abusiva é ignorar a razoabilidade²⁷.

Sendo assim, muito se discute sobre as “brechas” previstas na lei, que permitem a formulação de diversas teses de defesa para os réus em processos penais. No entanto, ao analisar casos concretos nesse contexto, observa-se que a aplicação da figura do dolo eventual também tem sido utilizada como uma “brecha” para possibilitar punições mais severas em algumas situações de crimes essencialmente culposos.

25 JORIO, Israel Domingos. O fetiche do dolo eventual. Boletim IBCCRIM 230, jan. de 2012.

26 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea: Direito penal contemporâneo: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

27 MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. Direito penal parte geral: lições fundamentais. 8. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 637-638.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual situação do encarceramento e do processo penal brasileiro (que, como mencionado, tem sido expansiva, com o aumento da quantidade de crimes nos últimos anos) é capaz de nos mostrar que punir de forma mais intensa, com maiores penas de prisão, não é a solução para solucionar a questão da criminalidade, tese já muito discutida entre os criminalistas.

Nesse contexto, é totalmente necessária a reflexão de que a teoria do dolo eventual tem sido usada apenas como mais um instrumento para punir e prender mais no nosso sistema criminal, atendendo, assim, o desejo estatal de punir.

Ao longo da presente discussão, constatou-se que a aplicação do dolo eventual é frequentemente utilizada como um mecanismo de punição exacerbada, permitindo interpretações extensivas, criando um ambiente propício para condenações que não respeitam os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

A intensidade da punição é discutida desde os primeiros séculos, conforme trabalhado no aparato histórico da presente pesquisa. E, apesar de ser possível observar um desenvolvimento de penas mais humanitárias ao longo dos anos, não se pode dizer que conseguimos romper totalmente com a forte ânsia de punir tão latente no passado, apenas mudando a forma de aplicação no presente.

Esse cenário de punição exacerbada tão somente alimenta uma tendência estatal que perpetua ao longo dos séculos. A instrumentalização do dolo eventual como ferramenta de intensificação punitiva reflete uma continuação do histórico desejo de vingança, agora mascarado sob a fachada de justiça.

É imperioso, portanto, que a aplicação do dolo eventual não se dobre ao clamor social punitivista orquestrado pelo próprio Estado, devendo ser restrita àqueles casos em que haja clara consciência e aceitação do resultado criminoso.

Dessa forma, é essencial que o tema proposto neste artigo continue sendo objeto de debate, pois, para assegurar que a justiça penal não seja instrumento de uma vingança disfarçada, mas sim de punições equitativas, é fundamental a mobilização de estudantes de direito, juristas e legisladores. O cerne da discussão deve sempre mirar para uma aplicação justa e para o prevalectimento da técnica do direito penal.

Para auxiliar na reflexão proposta, é relevante, por fim, trazer à baila mais um trecho de *Cesare Beccaria*²⁸, no que tange à relevância de uma punição proporcional e que sirva pontualmente para o fim que se dispõe: garantir a segurança da sociedade, sem, entretanto, prender demasiadamente

28 BECCARIA, Cessare. *Dos Delitos e Das Penas*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 1764, pg. 18..

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por natureza; e tanto mais justas serão *quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos*.

Em suma, é importante que a finalização do presente trabalho não se limite à crítica à aplicação de aplicação do dolo eventual, mas também ao fomento de propostas de mudanças concretas que podem conduzir a prática penal a um caminho mais justo e técnico, dialogando de forma mais harmoniosa com os direitos e garantias fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e Das Penas**. 6^a ed. São Paulo: Martin Claret, 1764.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea: Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*. 10. ed. Firenze: Fratelli Camelli: 1907. v. 1.
- CALLEGARI, A. L.; LINHARES, R.M. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A DETURPAÇÃO CONCEITUAL DE INSTITUTOS DE IMPUTAÇÃO: O DOLO EVENTUAL**. In: Nestor Eduardo Araruna Santiago ;Paulo César Corrêa Borges ;Claudio Macedo de Souza. (Org.). DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 1ed.Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 25-45.
- COPELLO, Patricia Laurenzo. Apud. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 183.
- DEBUYST, Christian, DIGNEFFE, Françoise, LABADIE, Jean-Michel, PIRES, Álvaro P. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal: De Boeck, 1996, v. I, p. 16-17; 19-20.
- EIRA, I. C. **Teoria do dolo e sua subversão em prol de um direito penal da vingança**. 2014. 65 f. Monografia (Bacharel em direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- FERNANDES, Thayla; Rosa, Pablo Ornela. **Teoria do capital humano e o discurso da ressocialização: docilizações, produção do homo oeconomicus e resistências na era da biopolítica**. In: IV ENADIR, 2015, São Paulo. V ENADIR, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *La verité et les formes juridiques*. In: Dits et écrits, t. II, p. 538-646. Paris: Gallimard, 1974, p. 590.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2019
- JEFFERY, Clarence Ray. *Crime in early English society*. Chicago: The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, v. 47, n. 6, mar./abr., 1957, p. 647-666.
- JORIO, Israel Domingos. **O fetiche do dolo eventual**. Boletim IBCCRIM 230, jan. de 2012.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini. DE BEM, Leonardo Schmitt. **Direito penal parte geral: lições fundamentais**. 8. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.
- SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965, p. 24-25.
- SILVA, L. T. **Algumas reflexões sobre o Direito Penal Máximo**. REVISTA DE DIREITO MACKENZIE, v. 6, p. 217-224, 2012.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. 264p.
- VIANA, E. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1^o ed. São Paulo: MacialPons, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13.ed. rev. e atual - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

A RELEVÂNCIA DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL

Ana Clara Schub Ibrahim¹

RESUMO: O presente artigo possui como temática central a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual representa uma conquista social das pessoas com deficiência, tendo em vista a previsão de diversos direitos como acesso à saúde, à educação, ao trabalho; o combate aos atos discriminatórios, bem como a inclusão, acessibilidade e igualdade de oportunidades. Delimitou-se a pesquisar sobre a luta pelo reconhecimento das pessoas com deficiência dentro da sociedade civil juntamente com o impacto da Convenção na tutela jurídica internacional desses indivíduos. Destacou-se a vigência e a efetividade do tratado no ordenamento brasileiro, haja vista que a ratificação da Convenção e promulgação da Lei Brasileira de Inclusão alterou radicalmente algumas normativas presentes, sendo possível perceber uma negligência do País em relação à garantia aos direitos dessas pessoas, principalmente referente à educação inclusiva, visto que exige medidas sócio-jurídicas e políticas para a sua proteção. Nessa senda, o estudo utilizou-se do método dedutivo, tendo em vista a análise de um objeto geral para o específico. Em referência ao procedimento técnico, realizou-se tanto um levantamento documental com a análise de tratados internacionais e legislações internas, bem como o levantamento bibliográfico, com a leitura e sistematização de livros doutrinários, além de artigos científicos publicados sobre o tema. Não obstante, apesar da proteção aos direitos das pessoas com deficiência ser garantida pela Convenção Internacional foi observado, na prática, que os principais obstáculos em relação à efetividade referente à educação, tanto do tratado quanto da lei brasileira, ainda estão presentes na sociedade civil.

1 É graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2023), agraciada com o Prêmio Alumni 32 Envolvimento com a UFSC pelo seu destaque no movimento estudantil, com as organizações de eventos, como o XV Congresso de Direito UFSC e participação em grupos de pesquisa e extensão, com foco nas matérias de direito internacional e direitos humanos (Grupo Ius Gentium), e por seu desempenho em competições de mediação representando a UFSC. Venceu como melhor mediadora na Regional Sul para a XII CAMARB (Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação). Foi pesquisadora de iniciação científica da Universidade Federal de Santa Catarina no Projeto de Pesquisa: Tutela e Exercício dos Direitos da Personalidade na Sociedade Contemporânea - Direitos da Pessoa com Deficiência. Atualmente é residente no Centro de Apoio Operacional da Saúde Pública do Ministério Público de Santa Catarina. Atua principalmente nos seguintes temas: direito internacional, direitos humanos e direitos das pessoas com deficiência

Palavras-chave: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Lei Brasileira de Inclusão, Educação Inclusiva.

ABSTRACT: This article revolves around the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which represents a social achievement for individuals with disabilities, considering its provision of various rights such as access to healthcare, education, and employment; the fight against discriminatory acts, as well as inclusion, accessibility, and equal opportunities. The research was delimited to explore the struggle for the recognition of people with disabilities within civil society along with the impact of the Convention on the international legal protection of these individuals. The validity and effectiveness of the treaty in the Brazilian legal system were highlighted, given that the ratification of the Convention and the enactment of the Brazilian Inclusion Law radically altered some existing norms, revealing a negligence of the country in guaranteeing the rights of these individuals, especially concerning inclusive education, which requires socio-juridical and political measures for its protection. In this regard, the study employed a deductive method, analyzing from a general object to the specific. Regarding the technical procedure, both documentary research involving the analysis of international treaties and domestic legislations, as well as bibliographic research, including the reading and systematization of doctrinal books and scientific articles published on the subject, were carried out. Nevertheless, despite the protection of the rights of persons with disabilities being ensured by the International Convention, it was observed in practice that the main obstacles regarding the effectiveness of education, both from the treaty and the Brazilian law, are still present in civil society.

Keywords: International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Brazilian Inclusion Law, Inclusive Education.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência demonstra sua importância ao ser um documento normativo internacional para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência nos Estados Partes. O tratado reconhece a questão da deficiência como tema de justiça, direitos humanos e promoção da igualdade.

Em todos os países signatários, a Convenção é usada como base para a elaboração das políticas sociais no que se refere ao reconhecimento tanto do sujeito da proteção social como dos direitos a serem garantidos, sendo oferecidas ferramentas objetivas para o reconhecimento das questões problemáticas na sociedade, possibilitando uma melhor identificação das políticas. A Convenção exige a reforma das legislações infraconstitucionais e a organização de novas bases para o desenvolvimento das políticas públicas destinadas à população com deficiência.

Neste âmbito, abordar-se-á a entrada da Convenção no Brasil, além da vigência que levou a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, e a sua efetividade, mais especificamente sobre a garantia da educação das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, uma vez que o estudo partiu de uma análise de um objeto geral para o específico. Em relação ao procedimento técnico, realizou-se tanto um levantamento documental, com a análise de tratados e leis, como a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, a Constituição Federal de 1988 e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/15); bem como o levantamento bibliográfico, com a leitura e sistematização de livros doutrinários, além de artigos científicos publicados sobre o tema.

Dessa forma, o presente artigo foi dividido em 3 capítulos. O primeiro se dedicou a fazer uma contextualização da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, principalmente acerca da discussão de entendimentos do Supremo Tribunal Federal em decorrência do status dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Destacou-se também a entrada da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo em vista o ineditismo de um tratado de direitos humanos com status de emenda constitucional, seguindo os pressupostos previstos na EC nº 45/2004.

No segundo e terceiro capítulos, partiu-se para as principais investigações do artigo, sendo abordada a efetividade da Convenção Internacional no País, principalmente em decorrência da promulgação Lei Brasileira de Inclusão, a qual tem como objetivo assegurar e promover os direitos e liberdades das pessoas com deficiência,

garantindo a sua inclusão social e cidadania. A partir dessa exposição, será dado ênfase aos dados referentes à educação inclusiva, demonstrando a realidade vivida por este grupo social no âmbito escolar.

2. A ENTRADA DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A Cerimônia da Assinatura da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ocorreu em 30 de março de 2007 em Nova York, onde 84 (oitenta e quatro) países tornaram-se signatários da Convenção e 44 (quarenta e quatro) do Protocolo Facultativo. Na oportunidade, apenas a Jamaica aderiu ao tratado no ato da assinatura. Os demais países, em regra, passaram por um processo de ratificação que envolve a aprovação nacional².

É importante destacar o entendimento de ratificação de tratados e as suas características principais, conforme Francisco Rezek³ afirma: “a ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de conceito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.”

As características da ratificação segundo Rezek⁴ são três: competência, discricionariedade e irretratabilidade. Pela competência, entende-se que a ordem constitucional de cada Estado é determinante, logo a ratificação seria conduzida por agentes do Poder Executivo, como Chefes de Estado, Governo e aos Ministros de Relações Exteriores. Afirma-se, por conseguinte, que a ratificação é tão discricionária quanto é livre o Estado para celebrar tratados internacionais, isto é, o Estado confirma o texto quando o entender conveniente e oportuno. Dessa maneira, é de suma relevância a mobilização social de modo que observe o cumprimento do Estado, conforme os compromissos legais internacionais assumidos como sujeito de direito público.

Por fim, e não menos importante, por ser um ato unilateral e discricionário, a ratificação é irretratável, podendo ser apenas denunciada quando for opção do Estado se desvincular dos termos. Os princípios que fundamentam essas características são a boa-fé e a segurança das relações internacionais. Destaca-se, portanto, que a irretratabilidade é um preceito que opera desde a formalização do consentimento⁵.

2 LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8653> p. 68. Acesso em: 05 abr 2024

3 REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (p. 76).

4 *Ibidem* (p. 77-80).

5 *Ibidem* (p. 77-80).

Após essa breve explicação, interessante discutir-se a entrada das convenções no país, visto que a incorporação dos tratados internacionais influenciou a abertura das constituições à tutela dos direitos fundamentais constitucionais e internacionais.

Em relação ao Brasil, o ordenamento jurídico é integralmente ostensivo. Desse modo, tudo quanto o compõe, seja resultante de produção legislativa internacional ou doméstica, presume publicidade oficial e vestibular. O tratado depende da publicidade habilitar-se ao cumprimento por particulares e governantes, além da garantia da vigência pelo Judiciário⁶. Em ato contínuo, a internalização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo ordenamento jurídico brasileiro, procedeu-se como um compromisso internacional fechado pelo País com a causa social da deficiência, por meio da ampliação do instrumento interno de proteção e amparo a esse grupo social com fundamento na legislação internacional.

No que diz respeito à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil, a internalização ocorreu com a aprovação do Congresso Nacional, no dia 09 de julho de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186, que ratificou o texto da Convenção junto com o Protocolo Facultativo. Segundo o Decreto Presidencial nº 6.949⁷, o governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008. Em seguida, os atos internacionais entraram em vigor no Brasil em 31 de agosto do mesmo ano.

Apesar da sua importância como tratado internacional de Direitos Humanos, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência apresentou uma superior relevância, uma vez que a sua ratificação pelo Congresso Nacional foi aprovada nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição Federal⁸, atingindo status de Emenda Constitucional (EC) - situação atípica até então. A atipicidade ocorreu em razão de que, após a Emenda Constitucional nº 45/04, nenhum tratado internacional sobre direitos humanos havia apresentado status de EC, sendo, portanto, a Convenção a ser a primeira a alcançar um novo panorama constitucional.

6 *Ibidem* (p. 77-80)

7 BRASIL, **Decreto nº 6949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 abr 2024.

8 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em 11 set. 2023.

2.1 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: O STATUS DE EMENDA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

No contexto panorâmico da justiça brasileira, a Constituição Federal de 1988 é um marco da institucionalização dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. O constituinte originário atribuiu uma atenção e ênfase aos direitos e garantias dos indivíduos. A elevação da dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio da república (artigo 1º, III, da CF), além do rol de direitos fundamentais presentes no bojo do texto, são fundamentos significativos, sendo constituídos como cláusulas pétreas, como define Flávia Piovesan⁹: “os princípios constitucionais que incorporam exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

A Constituição apresenta em todo o seu texto a preocupação em oferecer aos direitos e garantias fundamentais um tratamento específico, cuja interpretação e aplicação seja exemplar e abrangente. Nesse viés, o artigo 5º, §1º estabelece a aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. O §2º, em continuidade, reconhece que, apesar de não estarem expressos no texto, decorrem “do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Consequentemente, a Constituição Federal reconhece como direitos e garantias fundamentais vigentes e juridicamente exigíveis aqueles que estão presentes no texto, os que são previstos implicitamente em decorrência do regime e princípios adotados e os previstos expressamente em tratados internacionais.

Antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, havia uma discussão sobre o processo legislativo e aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a hierarquia normativa desses instrumentos jurídicos. Nesse viés, existem quatro correntes sobre o nível dos tratados e defesa dos direitos humanos: (i) supraconstitucional, (ii) constitucional, (iii) infraconstitucional e supralegal e (iv) de lei ordinária. Assim, far-se-á uma breve análise de cada nível, dando ênfase na corrente constitucional.

Em relação ao status supraconstitucional, Celso Albuquerque¹⁰ afirma que “a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naqueles casos em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”. Fundamentando-se, portanto, no princípio de que o constitucionalismo moderno, apoiado sobre os ideais do Estado Democrático

9 PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, v. 2, nº 1, 2008

10 *Ibidem* (p. 240)

de Direito, compartilha do mesmo ideal do direito internacional público como um todo.

Para parte da doutrina, como por exemplo Flávia Piovesan e Antônio Cançado Trindade, o art. 5º, §2º¹¹, CF, assegura o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil haja vista que cláusula de abertura fornece aos direitos previstos nos textos internacionais a pretendida estatura constitucional.

Não obstante, o STF se assentou desfavorável a essa tese e assim continuou recusando o status constitucional aos direitos humanos pertinentes em tratados internacionais. Em contrapartida, havia divergências dentro do próprio Poder Judiciário. Conforme exposto por André de Carvalho Ramos¹², entre os anos de 1988 a 2008, o STF decidiu a favor da tese que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, ou seja, seriam considerados equivalentes à lei ordinária, destacando o entendimento do Ministro Celso de Mello¹³. A ementa do acórdão no *Habeas Corpus* n. 72.131, em 1995, confirma esse posicionamento:

Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (...), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado (STF, HC 72.131, Min. Rel. Moreira Alves, Plenário, data de julgamento 23.11.1995, data de publicação de 01.08.2003)¹⁴.

No que diz respeito ao status de norma infraconstitucional e supralegal, destaca-se o entendimento de Dominique Carreau¹⁵ o qual determinou que as *jus cogens* – normas impositivas aos Estados – prevaleceriam sobre as outras dentro do ordenamento jurídico. Dessa forma, apresentaria um status de supralegalidade internacional, isto é, seria conjunto de normas situadas no topo da hierarquia das fontes do direito internacional contemporâneo. A partir disso, Sidney Guerra e Lilian Emeri-

11 Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

12 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7º ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020. p. 345.

13 A opinião será alterada.

14 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>> Acesso em 20 nov 2023.

15 CARREAU, Dominique. **Droit International**. 9e. ed. Pedone, 2007

que¹⁶ destacam a opinião do Ministro Sepúlveda Pertence, no seu voto no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785 em 2000, sustentou que:

Aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (STF, RHC 79.785, Min Rel. Sepúlveda Pertence, data de julgamento 29.03.2000, Plenário, data de publicação 22.11.2002)¹⁷

Seguindo o mesmo entendimento, Gilmar Mendes¹⁸ afirma que:

(...) os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Em contrapartida, apesar das divergências de opiniões, o posicionamento que prevaleceu pelo STF até 2008, era que os tratados de direitos humanos apresentavam status de lei ordinária, assim como todos os demais tratados incorporados. Em face da resistência do Supremo buscou-se dar um posicionamento quanto a essa polêmica sobre a hierarquia dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Com isso, a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal¹⁹.

Apesar do objetivo de finalizar com a divergência entre jurisprudência e doutrina, o novo artigo também foi um dispositivo de debates entre os autores. Nesse sentido, José Afonso da Silva²⁰ respaldou que, após a EC n.45, existiriam dois tipos de tratados de direitos humanos, aqueles aprovados pelo rito especial de três quintos nas duas casas do Congresso Nacional em dois turnos e os não aprovados □ por serem anteriores ao dispositivo, ou, por serem posteriores e aprovados pelo rito simples. Os últimos teriam força de lei ordinária federal, seguindo a linha anterior do STF e somente os primeiros teriam força de emenda constitucional.

A despeito disso, havia doutrinadores que defendiam que o *status* de emenda constitucional estenderia-se aos tratados de direitos humanos aprovados anterior-

16 GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. . **Série Pensando o Direito**. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), nº 4, 2009

17 Disponível em:<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14825228>>. Acesso em 20 nov 2023.

18 MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15º ed. Brasília.Série IDP (p. 702).

19 Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

20 SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39º ed. São Paulo. Malheiros. 2016, p. 870.

mente, uma vez que o instituto da recepção formal²¹ é aceito no direito constitucional brasileiro²². Com o intuito de conciliar as divergências, surge uma visão doutrinária que defende que todos os tratados de direitos humanos incorporados antes ou depois da EC n. 45, teriam o status constitucional, com fundamento no artigo 5º, §2º. Na visão de Flávia Piovesan²³ todos os tratados seriam materialmente constitucionais. No entanto, os tratados aprovados sob o rito especial seriam material e formalmente constitucionais, os quais teriam como consequências adicionais: 1) a impossibilidade de denúncia; e 2) a inclusão no rol de cláusulas pétreas²⁴.

A alteração da Constituição com o ingresso do artigo 5º, §3º motivou a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 referente à prisão civil do depositário infiel, a maioria dos votos consolidou o patamar normativo para os tratados de direitos humanos como emenda constitucional. Aqui, destaca-se a alteração do posicionamento do Ministro Celso de Mello – era a favor da paridade hierárquica do tratado com lei ordinária:

[...] após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores, evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalização das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, qualificação constitucional (STF, RE 466.343, Min. Rel. Cezar Peluso, data de julgamento 03.12.2008, Plenário, data da publicação 05.06.2009)²⁵

Ressalta-se que o novo posicionamento do STF foi conduzido pelo Ministro Gilmar Mendes, que retornou a visão de Sepúlveda Pertence, sustentando que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo rito especial da EC n. 45, terão natureza supralegal, abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

Diante das exposições, conclui-se que a evolução jurisprudencial ocorrida pelo Supremo Tribunal Federal apresenta uma relevância, tendo em vista o funda-

21 Recepção é o fenômeno que ocorre quando a nova constituição aceita/mantém a validade das normas infraconstitucionais anteriores, ou seja, há compatibilidade material (a análise é meramente material, não importando a forma).

22 *Ibidem*, p. 476

23 *Ibidem*, p. 129

24 Art. 60 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

25 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 20 nov 2023

mento para a valorização contínua dos direitos humanos, principalmente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e possuindo como o precursor dessa nova forma normativa a Convenção sobre os Direitos Humanos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

3. A EFETIVIDADE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Conforme a tipologia de reconhecimento de Axel Honneth²⁶, o trabalho do Poder Legislativo em relação à pessoa com deficiência classifica-se no reconhecimento de direitos. Nesse desiderato, seguindo uma das demandas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - a implementação de medidas legislativas e administrativas -, no dia 04 de janeiro de 2016 entrou em vigor a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentro do ordenamento jurídico do país. O projeto foi elaborado de forma a abranger a diversidade humana e alicerçado nos princípios da Convenção, garantindo, dessa forma, sua eficácia.

Destaca-se que no processo de tramitação do Estatuto houve a significativa participação das instituições representantes das pessoas com deficiência no seu desenvolvimento. Tal fato é comprovado devido às contribuições ofertadas nas Conferências Nacionais dos Direitos das Pessoas com Deficiência realizadas até a aprovação do texto legislativo²⁷.

Não obstante, para além das medidas instituídas pela própria Convenção, tais como o acesso à saúde, educação, trabalho, cultura, lazer, informação, entre outros, o texto da LBI respaldou-se na carência de serviços públicos existentes no Brasil e nas demandas da própria população. Com a mudança de compreensão sobre a deficiência de uma perspectiva meramente biomédica, para uma compreensão como desigualdade social, fica reforçada a ideia da deficiência não como atributo individual, mas como resultado de uma sociedade despreparada para a diversidade humana.

26 HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 213.

27 As Conferências Nacionais dos Direitos das Pessoas com Deficiência são organizadas pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (SNPD) e pelo Conselho Nacional das Pessoas com Deficiência, órgãos do Poder Executivo. Anota-se que, até hoje, já ocorreram quatro Conferências Nacionais (2006, 2008, 2010, 2016), sendo as três primeiras realizadas durante o processo de tramitação do Estatuto das Pessoas com Deficiência.

Apesar do avanço presente a partir da adoção do conceito da pessoa com deficiência, o Estatuto dispõe no art. 2º, §1º²⁸ o estabelecimento de critérios para a avaliação da deficiência realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar. Não obstante, é importante salientar que até maio de 2022, não havia regulamentação dos instrumentos necessários para a efetivação, segundo exigência do §2º do artigo supramencionado²⁹. Nesse sentido, salienta-se a morosidade do Poder Executivo, haja vista que, somente após 4 anos da entrada em vigor do dispositivo, foi promulgado o Decreto Executivo nº 11.063 que estabelece os parâmetros para a avaliação da deficiência.

Outra recomendação feita pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi a eliminação da linguagem pejorativa referente ao tratamento conferido às pessoas com deficiência. Dessa forma, verifica-se que o Estatuto está em conformidade ao estabelecido, uma vez que, em sede infraconstitucional, suprimiu o termo “excepcional” do artigo 4º, III, do Código Civil de 2022³⁰. No entanto, apesar das mudanças legislativas, uso de linguagem pejorativa ao referir-se às pessoas com deficiência ainda é muito presente na sociedade, principalmente a utilização de termos “portadores de deficiência”, “portadores de necessidades especiais” e “deficientes”, prejudicando a inclusão efetiva dessas pessoas nos grupos sociais.

A legislação prevê a proporção e a promoção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, tendo em vista a inclusão social e a cidadania. O ideário de igualdade humana é, e sempre foi, uma das relevantes proposições relacionadas aos direitos humanos³¹. Quanto à não discriminação, o autor afirma que Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência distingue o que vem a ser um ato discriminatório, de efeitos negativos sobre os direitos humanos e as liberdades, daquelas medidas que visam impulsionar a igualdade, como por exemplo as ações afirmativas que serão vistas com mais detalhe posteriormente. Neste viés, o Estatuto reservou um capítulo específico ao tema (Capítulo II, Título

28 Art. 2º, §1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

29 Art. 2º, §2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

30 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer (redação original): [...] III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo (redação original).

31 MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 191.

I, Livro I) cuja vedação é expressa referente a qualquer tipo de discriminação, nos termos dos artigos 4º e 5º³².

A Lei faz questão de ampliar a vedação a diversos outros pontos do seu texto, incluindo áreas como saúde, educação, trabalho, vida pública e política e acesso à justiça, deixando claro que qualquer tipo de discriminação no que diz respeito as pessoas com deficiência deve ser dissolvida³³. Como consequência, o Estatuto tipifica a prática da discriminação em virtude da deficiência como crime punível com as penas de reclusão e multa, determinado no Título específico “Dos Crimes e das Infrações Administrativas” (Livro II, Título II).

Enfatiza-se que a Convenção Internacional alterou profundamente o regime da capacidade civil. Os artigos 3º e 4º do Código Civil foram modificados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, consoante previsão do artigo 114³⁴. Com a vigência da Lei, o ordenamento brasileiro passou a ter apenas uma hipótese de incapacidade absoluta: os menores de 16 anos, haja vista que as pessoas com deficiência mental saíram desse rol de incapacidade. Seguindo a mesma temática prevista na Convenção, artigo 12 acerca do Reconhecimento igual perante a Lei, analisa-se a introdução de regime legal para tomada de decisões apoiadas. O Estatuto, conforme previsão no seu artigo 116, acrescentou um Capítulo exclusivo sobre o tema no Código Civil, resultando na redação do artigo 1783-A, constituído de caput e mais onze parágrafos.

De acordo com o artigo 84, § 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, “é facultado à pessoa com deficiência a adoção do processo de decisão apoiada”, portanto, é uma escolha da pessoa, mesmo ela sendo capaz de expressar a sua vontade. Dessa maneira, Costa Filho (2021) afirma que a tomada de decisão apoiada é um instituto inovador no ordenamento brasileiro, tendo em vista o seu intuito de promover o reconhecimento da pessoa com deficiência em igualdade aos demais, não excluindo a possibilidade de aplicar-se, de forma extraordinária, o instituto da curatela em casos que não seja possível a expressão de vontade da pessoa com deficiência.

32 Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 2015).

33 CASTRO FILHO, Reynaldo Alan. **Efetividade da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Curitiba: Appris, 2021.

34 A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. [...]”.

3.1 OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL

Após a exposição de avanços obtidos com a LBI, constata-se que o ordenamento jurídico do País está em conformidade com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, dando a devida atenção aos temas elencados no texto internacional. Não obstante, ainda é possível algumas medidas serem realizadas para a concretização da garantia desses direitos, uma temática relevante a ser discutida é a educação inclusiva.

Um ponto crucial para a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade é o conhecimento de todos para o fato de que nenhum indivíduo desse grupo social deve ser excluído em razão da sua deficiência. O esclarecimento deve ser realizado em todos os ambientes, no entanto, há um local estratégico e indispensável para a efetiva mudança de paradigma: a escola. Conforme afirmado por Corrêa³⁵, a implementação de forma plena da inclusão das pessoas com deficiência em todas as escolas – privadas e públicas – é essencial para a ampliação das circunstâncias efetivas para a inclusão dessas pessoas.

A LBI, conseqüentemente, dispôs em seu texto legislativo a educação inclusiva na escola regular, pública ou privada. Em relação às escolas privadas, o artigo 28, §1º³⁶ ao estabelecer que as disposições do artigo mencionado são aplicáveis a esses entes de ensino e, que vedados a cobrar valores adicionais, de qualquer natureza, para o cumprimento das determinações.

Por outro lado, contra o dispositivo a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 5.357³⁷, no STF, questionando a aplicação aos entes privados de

35 CÔRREA, Luís Fernando Nigro. *A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo. Del Rey, 2021.

36 Art. 28, §1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

37 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1o e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V.

ensino dos dispositivos da LBI. Em julgamento histórico, o STF decidiu que são constitucionais os dispositivos da LBI que estabelecem a obrigatoriedade da educação inclusiva, portanto, as escolas particulares deverão adotar todas as medidas de adaptação necessárias sem que estas possam recusar as matrículas ou repassar o ônus financeiro às famílias das pessoas com deficiência. O julgamento, no entanto, apenas afirma o aspecto básico da inclusão, que é o acesso de todos à escola, mas não garante as demais especificidades necessárias para a efetivação, como as premissas de permanência e o sucesso acadêmico dos estudantes com deficiência. Em conjunto a isso, a decisão também não estimula a realização das medidas previstas na legislação, deixando o espaço para diferentes interpretações e dúvidas.

Retornando às disposições do artigo 28 da LBI, as pessoas com deficiência devem ter o acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo obrigatórias as garantias de adaptações de acordo com as necessidades individuais³⁸. Dessa maneira, a legislação brasileira segue os artigos da Convenção os quais determinam que as pessoas com deficiência devem receber o apoio necessário no contexto do sistema educacional, com o objetivo de facilitar a sua educação efetiva, adotando, portanto, as medidas de apoio individualizadas e efetivas em espaços que ampliem o desenvolvimento acadêmico e social, conforme a proposta de inclusão plena.

A LBI, conseqüentemente, proíbe as recusas de matrículas sob o argumento de que a escola não está “preparada” para as necessidades dos alunos com deficiência, constituindo crime punível de reclusão e multa, segundo o art. 98³⁹. A alegada

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei no 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em 15 nov 2023.

38 *Ibidem*, p. 435.

39 Art. 98. A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: I - recusar, cobrar valores adicionais,

falta de preparação vai desde a parte arquitetônica até a falta de recursos didáticos e inadequação do método de ensino. Além disso, segundo André Carvalho Ramos⁴⁰, em muitos casos, as pessoas com deficiência, principalmente a mental, são matriculadas em escolas regulares, as quais possuem a expectativa de que esses alunos apresentem um desempenho o mais próximo possível do “normal”. Em contrapartida, se o desempenho não ocorrer, a criança é “convidada” a se retirar e encaminhada para a escola especial, a qual reforça a exclusão e a discriminação com os alunos com deficiência.

Destaca-se, portanto, alguns dados que demonstram o baixo efetivo das pessoas com deficiência no sistema educacional brasileiro. De início, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴¹, no ano de 2022 cerca de 18,6 milhões de pessoas possuem algum tipo de deficiência.

Conforme a pesquisa do IBGE, a taxa de frequência escolar líquida ajustada (proporção de pessoas que frequentam o nível de ensino adequado à sua faixa etária) era de 9,1% entre as pessoas com deficiência, abaixo daquelas sem deficiência (26,6%)⁴². A pesquisa, no entanto, foi desmembrada entre as faixas etárias: entre 6 a 14 anos no ensino fundamental o percentual das crianças com deficiência era de 89,3% e das crianças sem deficiência era de 93,9%; entre 11 a 14 anos nos finais do ensino fundamental, os adolescentes com deficiência representavam 71,3% em comparação com 86,1% dos adolescentes sem deficiência; entre 15 a 17 anos no ensino médio, a porcentagem era de 54,4% e 70,3% dos jovens com e sem deficiência, respectivamente; por fim, entre 18 a 24 no ensino superior apresentava o menor percentual tanto entre os adultos com e sem deficiência, sendo 14,3% e 25,5%.

Em continuidade com os resultados relacionados à faixa etária, as pessoas com mais de 25 anos com deficiência apresentam um percentual de 63,3% sem instrução ou fundamental incompleto e 11,1% têm o ensino fundamental completo ou médio incompleto. Enquanto os resultados das pessoas sem deficiência eram de 29,9% e 12,8%, respectivamente. Os dados apresentados demonstram também uma taxa de analfabetismo de 19,5% para as pessoas com deficiência, enquanto para as pessoas sem deficiência era de 4,1%.

suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência”.

40 *Ibidem*, p. 438.

41 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda>. Acesso em 07 abr 2024

42 Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/9337#resultado>. Acesso em 07 abr 2024

Além disso, em relação ao ensino médio e superior, o IBGE de 2022 divulgou que 25,6% da população brasileira com deficiência possuía ensino médio completo, contra 57,3% das pessoas sem deficiência, enquanto, a proporção de pessoas com deficiência com nível superior completo era de 7% em relação aos 20,9% das pessoas sem deficiência. Com isso, não é mais possível negar a qualquer pessoa com deficiência o acesso à escola regular. A diversidade no ambiente escolar é totalmente plausível, como defende Eugênia Fávero⁴³, além disso, o ponto principal é que todos ganham, os alunos com e sem deficiência e os professores, os quais desde o início da vida percebem a diversidade da sociedade à qual pertencem. Conforme exposto pela autora:

[...] de acordo com o parâmetro relacionado ao princípio da não discriminação, trazido pela Convenção da Guatemala, espera-se que os aplicadores do direito na adoção da máxima tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, admitam as diferenciações com base na deficiência apenas para o fim de se permitir o acesso ao seu direito e não para negá-lo. Por exemplo: se uma pessoa tetraplégica precisa de um computador para acompanhar as aulas, este instrumento deve ser garantido pelo menos para ela, se não for possível para os outros alunos. É uma diferenciação, em razão da sua deficiência, para o fim de permitir que ela continue tendo acesso à educação como todos os demais (2004, p. 20)

Conclui-se, portanto, que as diferenciações no ensino fundamentadas pela suposição de incapacidade da pessoa com deficiência, torna-se uma prática discriminatória. O tratamento entre os alunos deveria ser de maneira igualitária, sem suposições preconceituosas, apenas o respeito à capacidade intelectual e física dessas pessoas.

É incontestável que a Lei Brasileira de Inclusão assegura o acesso à educação para todos os cidadãos, independentemente de suas condições, com o propósito de promover o pleno desenvolvimento humano e a formação para a cidadania. Assim, torna-se imperativo que as escolas se adaptem às mais diversas circunstâncias, a fim de garantir a inclusão e a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. No entanto, é preocupante observar a postura de autoridades públicas e privadas, que em muitos casos perpetuam discursos preconceituosos e discriminatórios, reforçando estereótipos e negligenciando a implementação e o fortalecimento de políticas públicas adequadas, como as ações afirmativas.

43 FAVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004, p. 20

3.2 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ENSINO SUPERIOR

Inicialmente, antes de adentrar na temática específica das pessoas com deficiência, apresenta-se os princípios gerais sobre as ações afirmativas. Pois bem, Sidney Madrugá⁴⁴ conceitua as ações afirmativas como políticas de caráter temporário ou indeterminado, realizadas tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada, de maneira compulsória ou voluntária, direcionadas para aquela parcela excluída da sociedade, no presente caso, as pessoas com deficiência. A ampliação da diversidade, bem como o combate à discriminação são um dos principais objetivos para minimizando as distorções ocorridas no passado e propiciando a igualdade de oportunidades. Nesse sentido, o autor estabelece que as ações afirmativas são fundamentadas na reparação, na maior distribuição de oportunidades e na necessidade de representatividade desse coletivo na sociedade.

Nesse sentido, José Garcia Añón⁴⁵ afirma que as medidas afirmativas pressupõem o desenvolvimento de mecanismos ou a utilização de políticas de caráter diferenciado para beneficiar pessoas que são ou foram discriminados, ou que se encontram em situação de desvantagem, tendo a finalidade de eliminar a situação de desigualdade ou desvantagem, potencializando, portanto, o princípio da igualdade entre todos.

Após essa breve explicação sobre as ações afirmativas, é importante destacar os instrumentos internacionais que preveem essas medidas de erradicação dos atos discriminatórios. Um dos primeiros textos foi a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência⁴⁶, de 1999, que dispõe o comprometimento dos Estados Partes para adotarem um rol de medidas para eliminar a discriminação contra esse grupo social, proporcionado, assim, a plena integração da sociedade.

O outro tratado é o objeto de estudo do presente texto: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que no artigo 5º, mais especificamente nos pontos 3 e 4⁴⁷, dispõe a adoção de medidas apropriadas para promover a igualdade e eliminar a discriminação, garantindo que a adaptação razoável seja oferecida, bem como medidas para acelerar e alcançar a igualdade efetiva entre todos na sociedade.

44 *Ibidem*, p. 130

45 *Ibidem*, p. 132

46 Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em 20 mar 2024.

47 Artigo 5: Igualdade e não-discriminação. 3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. 4.Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias (ONU, 2007)

Em análise à LBI, Costa Filho⁴⁸ indica que a nova legislação não apresentou inovações além daquelas já existentes, ou seja, a reserva de vagas às pessoas com deficiência nos concursos públicos (art. 37, VIII, CF)⁴⁹; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência que comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção ou da família (art. 203, V, CF)⁵⁰; bolsas de estudo para alunos de baixa renda, determinando cotas para pessoas com deficiência (Lei nº 11.096/2005), além das cotas para o ingresso nos ensinos superiores e técnicos (arts. 3º e 5º, Lei nº 12.034/2009)⁵¹.

Dessa maneira, o Estatuto da Pessoa com Deficiência está, em parte, de acordo com as recomendações feitas pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no entanto, ressalta-se que a legislação não implementou nenhuma nova modalidade, sequer medidas para a garantia dessas ações afirmativas existentes. Segundo Hilda Gomes, coordenadora do Comitê de Pró-Equidade de Gênero e Raça da FioCruz e pesquisadora da Casa de Oswaldo Cruz⁵²:

As pessoas com deficiência ainda são minorias nesses espaços acadêmicos, tanto por conta do preconceito da sociedade quanto por conta da renda, já que a maioria das pessoas com deficiência no Brasil é de baixa renda. Então, fica difícil acabar o ensino médio, quem dirá ir para a graduação. Quem consegue é porque tem uma rede de apoio familiar, conseguiu que alguém desse essa força. Mas, do ponto de vista das instituições públicas, dependendo de como essa comunidade acadêmica está engajada, as coisas avançam mais.

48 *Ibidem*, p. 189.

49 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

50 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

51 Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Art. 5º Em cada instituição federal de ensino técnico de nível médio, as vagas de que trata o art. 4º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do IBGE.

52 Ações afirmativas transformam universidades e institutos federais. Disponível em: <<https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/acoes-afirmativas-transformam-universidades-e-institutos-federais>> Acesso em 15 nov 2023.

Nesse viés, ressaltam-se alguns dados sobre as pessoas com deficiência no ensino superior, de acordo com as pesquisas realizadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira (INEP) nos anos de 2021 e 2022⁵³. No ano de 2021, a reserva de vagas para os cursos presenciais e a distância tinha um total de 135.818, enquanto 2.742 eram exclusivas para pessoas com deficiência. No ano de 2022 o total de vagas era de 132.685, sendo 2.329 destinadas ao grupo social.

Em relação aos concluintes, é possível ver um aumento nas pesquisas produzidas nos anos de 2021 e 2022. A crescente foi de 6,3% formandos com deficiência nos cursos superiores, tendo em vista que no ano de 2021 o total foi de 4.706 e em 2022 foi de 5.020. Não obstante, apesar do crescimento, em comparação com o número total de concluintes, a quantidade de pessoas com deficiência é relativamente baixa. No ano de 2021, a totalidade de formandos foi de 716.444, enquanto em 2022 foi de 702.081, logo a proporção de pessoas com deficiência era de 0,65% e 0,71%, respectivamente. Em análise social das pessoas com deficiência, a baixa porcentagem é um reflexo da falta de acessibilidade e inclusão, considerando que, em muitos dos casos, as políticas sociais no sistema educacional superior terminam após a matrícula dessas pessoas na universidade. A existência de barreiras dificulta a permanência das pessoas nesses espaços, tendo em mente que o estudante necessita de condições mínimas para permanecer nos ambientes como por exemplo, o auxílio no aprendizado, com aulas acessíveis aos seus impedimentos; a acessibilidade nos espaços físicos, garantindo a inclusão das pessoas.

Percebe-se, portanto, que no Brasil existe a previsão da garantia de ações afirmativas para as pessoas com deficiência. Por outro lado, o número de matrículas desses indivíduos no ensino superior ainda é baixo comparado com a quantidade de pessoas com deficiência na sociedade. Em paralelo aos dados apresentados anteriormente no subtópico da educação inclusiva, ressalta-se também a quantidade de crianças com deficiências nas escolas, as quais refletem diretamente nos dados do ensino superior.

Após as exposições, nota-se uma inércia do Estado em garantir que as pessoas com deficiência desfrutem das conquistas normativas, acarretando um prejudicial cenário entre o ordenamento e a prática, sobretudo em relação a falta de políticas públicas e inclusivas, produzindo situações discriminatórias a esse grupo social. Consequentemente, a inobservância da efetividade dos preceitos legislativos é o prolongamento da angústia das pessoas com deficiência que se deparam com um cenário atentatório à sua dignidade.

53 Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/sinopses-estatisticas/educacao-superior-graduacao?trk=article-ssr-frontend-pulse_little-text-block>. Acesso em 15 nov 2023.

4. CONCLUSÃO

Com o presente estudo, verificou-se a importância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para a tutela jurídica internacional desse grupo social, principalmente no contexto brasileiro. Portanto, diante de todo o exposto, revelam-se algumas considerações a respeito da temática debruçada na pesquisa, apreciando as indagações apresentadas no início do trabalho.

Neste viés, conclui-se que a Convenção foi uma resposta da comunidade internacional à extensa história de discriminação, preconceito e desumanização das pessoas com deficiência. É um documento vinculante que tem como objetivo principal a promoção e proteção dos direitos e da dignidade humana das pessoas com deficiência, fundamentado em três pilares importantes: direitos humanos, desenvolvimento social e não discriminação.

A relevância do tratado internacional dentro do ordenamento brasileiro se dá com a sua ratificação pelo Congresso Nacional com um superior valor ao atingir o status de emenda constitucional, sendo a primeira convenção a alcançar tal panorama dentro do país. A partir disso, analisou-se a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no País, uma vez que o tema é complexo e apresenta divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Não obstante, verificou-se que os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados pelo rito especial da EC n. 45 terão natureza supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei, e aqueles aprovados por três quintos em cada casa do Congresso, em dois turnos, terão status de emenda constitucional.

Com a análise da efetividade da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil, foi possível verificar que o país cumpriu com as obrigações de regular medidas legislativas para a proteção e garantia dos direitos previstos, com a Lei Brasileira de Inclusão. Ainda assim, apesar da conformidade, diante dos dados expostos na pesquisa, ainda é notório a falta de iniciativas para a garantia dos direitos desses indivíduos. O maior desafio para a implementação efetiva é a inércia estatal em promover o apoio e a acessibilidade apropriados, acarretando em explícitas situações de capacitismo dentro da sociedade brasileira, principalmente em relação à educação, direito fundamental para as pessoas com deficiência, uma vez que diversos direitos decorrem da garantia de um ensino inclusivo.

Importante destacar que é presumível reconhecer o avanço do ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer um tratado de direitos humanos com o status de emenda constitucional, demonstrando uma conquista às pessoas com deficiência, bem como à uma sociedade civil mais humanitária. No entanto, é impossível não

identificar, ainda, a presença de diversos problemas na sociedade, com destaque à falta de educação inclusiva às pessoas com deficiência, além da discriminação com esse grupo social que sofre com a falta de acessibilidade, liberdade e inclusão na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em 11 set. 2021.

_____. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 11 set 2021.

_____. **Decreto nº 6949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 setembro 2022.

_____. **Lei n. 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Lei de Cotas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 15 novembro 2022

_____. **Lei n. 13.146**, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.html. Acesso em 11 setembro 2021

CARREAU, Dominique. **Droit International**. 9e. ed. Pedone, 2007

CASTRO FILHO, Reynaldo Alan. **Efetividade da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Curitiba: Appris, 2021.

CÔRREA, Luís Fernando Nigro. **A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo. Del Rey, 2021.

FAVERO. Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Série Pensando o Direito**. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), nº 4, 2009

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade**. 2009. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8653>. Acesso em: 11 set 2022.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATTOS, Wilson Roberto de. **Inclusão social e igualdade racial no ensino superior baiano: uma experiência de ação afirmativa na Universidade do Estado da Bahia (Uneb)**. In: BERNARDINO, Joaze; GALDINO, Daniela (Orgs.). **Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade**. Rio de Janeiro: DP&A

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15° ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004
- MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15° ed. Brasília. Série IDP, 2020.
- PIOVESAN, Flávia. **A Constituição Brasileira de 1998 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos**. EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, v. 2, nº 1, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, 13 ed.
- _____, Flávia. **Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto**. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). **Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência**. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7° ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2020
- REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39° ed. São Paulo. Malheiros. 2016.

DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA CONTAMINADO POR NULIDADE E SEUS EFEITOS PARA O DELATADO: É CONSTITUCIONAL A VEDAÇÃO À IMPUGNAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA PELO DELATADO?

CRIMINAL COLLABORATION AGREEMENT CONTAMINATED BY NULLITY AND ITS EFFECTS TO THE ACCUSED: IS THE PROHIBITION OF CHALLENGING THE CRIMINAL COLLABORATION AGREEMENT BY THE ACCUSED CONSTITUTIONAL?

Carlos Gilberto Martins Junior¹

RESUMO: O presente artigo visa aferir se a impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada, pelo delatado, nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, se compatibiliza com o sistema processual constitucional, bem como se respeita os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Concluiu-se que a impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado, quando existentes nulidades e meios de prova ilegítimos, limita e fere o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, bem como fragiliza todo o sistema de garantias processuais penais. Utilizou-se o método dialético e a técnica da investigação teórica através da revisão bibliográfica, além da pesquisa jurisprudencial, para o desenvolvimento da pesquisa.

Palavras-chave: Colaboração premiada; nulidade; prova ilegítima.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to verify whether the impossibility to contest the criminal collaboration, by the accused, in the same way of Superior Court of Justice and Federal Supreme Court's main jurisprudence, is compatible with the constitutional procedural system, as well as examine whether it regards the adversarial principle, full defense and the due process of law. In conclusion, the impossibility to contest the criminal collaboration by accused, in situations of nullity or illegal evidence, limits and

1 O presente artigo foi originalmente apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito, orientado pelo Professor Dr. Rodrigo Felberg. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Penal Internacional". Advogado. E-mail: martinscarlosgilbertoju@gmail.com.

violates the due process of law, the adversarial principle and full defense, as well as debilitates the criminal procedural guarantees. The dialectical methodology and the theoretical research technique through bibliographic review, as well as jurisprudential investigation, were used to develop the research.

Keywords: Criminal collaboration; nullity; illegal evidence.

1. INTRODUÇÃO

A ascensão de uma sociedade marcada pela velocidade e aceleração, apaziguada somente pelo instantâneo e imediato, fez emergir um fenômeno curioso e cada vez mais presente no direito brasileiro: a ampliação dos espaços de consenso no processo penal, com vistas, sobretudo, à agilização da aplicação da pena, seguida da busca por maior celeridade processual. Dentre os variados mecanismos da justiça criminal negocial, o instituto da colaboração premiada tem se destacado no âmbito da criminalidade econômico-financeira, sobretudo pela sua aparente eficácia no combate às organizações criminosas.

Contudo, a evidente melhora dos mecanismos de controle quanto ao procedimento para efetivar a colaboração premiada, consubstanciada na criação da Lei nº 12.850/2013, não isentou sua aplicação de falhas que pudessem resultar na infração aos princípios constitucionais do devido processo legal, necessitando-se, cada vez mais, de limites que permitissem repelir tais ameaças. Tratando-se, especificamente, da situação do terceiro delatado eventualmente atingido por acordo de colaboração premiada eivado de ilicitudes processuais, discute-se sua legitimidade para impugná-lo.

Diante da nítida contraposição de entendimentos entre a doutrina e aquele fixado majoritariamente pelos Tribunais Superiores, buscar-se-á estudar os princípios constitucionais atinentes ao processo penal e ao tratamento constitucional da matéria ligada à possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros, quando atrelado à invalidade processual, para aferir se a sua proibição, na linha do entendimento firmado majoritariamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), fere os princípios e garantias constitucionais dispensadas à persecução penal e ao imputado, notadamente a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, bem como todo o sistema processual constitucional.

Por conveniência didática, a problemática deste estudo será desenvolvida a partir de duas hipóteses antagônicas. A primeira hipótese se situará na constatação de que a vedação à impugnação de acordos de colaboração premiada por terceiros delatados, em casos envolvendo vícios processuais, afetaria sobremaneira o sistema constitucional por ameaçar a lisura das garantias fundamentais atreladas ao processo penal inserido no contexto democrático da Constituição Cidadã de 1988, ocasionando uma ruptura sistêmica com o devido processo legal. A segunda hipótese, contrariamente, aponta para a suposta característica personalíssima do negócio jurídico consubstanciado no acordo de colaboração premiada firmado entre o

colaborador e as autoridades, tolhendo a legitimidade do delatado em contrapor-se, bem como que tornando sua irresignação inócua e injustificada, uma vez que seu interesse estaria ligado tão somente a meios de prova advindos da colaboração, e não às cláusulas do acordo e sua lisura em si, cujos efeitos interessam somente às partes.

O objetivo geral desta pesquisa situa-se em identificar se a posição adotada majoritariamente pelos Tribunais Superiores, acerca da vedação à possibilidade de impugnação de acordos de colaboração premiada por terceiros delatados corresponde ao arcabouço constitucional que permeia o processo penal interpretado pela Constituição Cidadã de 1988 ou se, na realidade, está relacionada à ausência de uma efetiva limitação dos efeitos dos acordos de colaboração premiada perante direitos e garantias fundamentais, dentro do contexto da atual ampliação dos espaços de consenso em processo penal.

Nessa linha, justifica-se a presente pesquisa pela necessidade de se analisar a interpretação acerca da extensão dos efeitos da colaboração premiada perante terceiros, sobretudo quando existentes vícios formais ao longo das tratativas do acordo, a fim de aferir se a instrumentalidade conferida ao instituto condiz com os princípios constitucionais e com a própria Carta Política, vez que ao processo penal cabe zelar, antes de tudo, pela salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais de todos os submetidos ao poder persecutório do Estado.

Este artigo científico foi fruto de investigação teórica, sobretudo através da doutrina processual penal referente ao instituto da colaboração premiada, perfilhando-se, também, a jurisprudência firmada no STJ e STF quanto à problemática proposta. A análise doutrinária foi realizada através do procedimento bibliográfico sob um enfoque qualitativo, consultando-se o acervo de obras e estudos mais importantes e recentes sobre o tema. Tendo em vista o debate antitético que percorre a doutrina especializada e a jurisprudência majoritária firmada nos Tribunais Superiores, conforme exposto quando se tratou acerca da problemática desta pesquisa, a metodologia de análise do tema atribuiu-se do método dialético.

2. DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO CONTEXTO DA AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Partindo-se de uma análise atual, é possível perceber claramente que a tendência da justiça criminal é operacionalizar, cada vez mais, a possibilidade de colaboração dos envolvidos em investigações criminais, a fim de contribuir para o rápido e eficaz deslinde dos fatos.

Essa nova realidade, cada dia mais explícita, seja através da lei ou da própria jurisprudência, portanto, necessita ser estudada pelas lentes de uma estrutura

processual penal constitucional e democrática, a fim de que se compreenda que a busca por efetividade probatória não deve ser operada em detrimento das garantias fundamentais que permeiam o devido processo legal.

Essa tendência moderna advém do fenômeno que o Professor Aury Lopes Junior preferiu chamar de crise existencial do processo penal, consubstanciada em um afastamento da ideia de que o processo é o caminho necessário para se chegar a uma pena². Essa crise marca, justamente, o crescimento da justiça negocial em âmbito penal, contexto em que estão inseridas as formas de acordo sobre a pena, acordos acerca da abreviação do rito com diminuição da pena e, também, a colaboração premiada³.

Neste contexto, especificamente com relação à colaboração premiada, também é de se notar o grande apelo internacional em favor de sua adoção, atrelando-a sobretudo ao combate à corrupção⁴. Uma decorrência deste apelo internacional pode ser aferida através da celebração da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 5.687/2006. Esse mesmo “incentivo” à cooperação de infratores com o poder público também é fomentado na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 5.015/2004.

Os clamores pelo uso de “prêmios” em troca de informações com os agentes delitivos, no caso da colaboração premiada, decorrem sobretudo da necessidade de se obter outras fontes probatórias em desfavor de grandes organizações criminosas complexas, uma vez que é comum que a prática delitiva por estes grupos seja acompanhada de um ocultamento de evidências tendente a livrar seus principais líderes⁵.

No Brasil, especificamente, a introdução deste cenário negocial em âmbito penal tem como marco principal a promulgação da Lei nº 9.099/1995, responsável por regulamentar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inserindo no ordena-

2 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 92.

3 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 92.

4 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 16.

5 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 18.

mento jurídico as figuras da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo⁶.

Mais recentemente, o surgimento do acordo de não persecução penal, através da promulgação da Lei nº 13.964/2019, inserido no Código de Processo Penal, em seu artigo 28-A, marcou mais um significativo avanço na ampliação dos espaços de consenso em âmbito penal, permitindo obstar-se o oferecimento de denúncias por crimes sem violência ou grave ameaça, em crimes com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, respeitados os demais pressupostos objetivos e subjetivos.

Antes de se adentrar propriamente nos detalhes da colaboração premiada, é imperioso destacar que ela se caracteriza por um fracasso estatal em produzir provas que permitam o rompimento da presunção de inocência no âmbito da criminalidade econômico-financeira, buscando-se a cooperação dos imputados (réus ou meros investigados), permitindo ao Estado afastar-se de sua obrigação em produzir provas suficientes a fundamentar condenações criminais⁷.

3. COLABORAÇÃO PREMIADA: NATUREZA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

3.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Entende-se a colaboração premiada como um instituto do direito penal negocial, que busca o consentimento daqueles submetidos à persecução criminal para se conformar com uma imputação criminal e cooperarem para o seu desenvolvimento, seja confessando ou indicando elementos de prova que porventura possam incriminar terceiros e contribuir com deslinde dos fatos⁸. Diante do uso descomedido do referido instituto dentro do contexto da criminalidade organizada, sobretudo após a famigerada Operação Lava Jato, não foram poucas as críticas doutrinárias despendidas em seu desfavor.

Perpassados os apontamentos críticos, é forçoso afirmar que o tratamento mais cuidadoso e técnico do instituto foi desenvolvido recentemente, a partir da promulgação da Lei nº 12.850/2013, embora diversos diplomas legais já tenham previsto a possibilidade de o réu, mediante efetiva colaboração à persecução penal, receber benefícios em relação a sua responsabilização em âmbito criminal, a exem-

6 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 97-99.

7 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 125-126.

8 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** [livro eletrônico] – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25.

plo: Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único), Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986, em seu art. 25, § 2º, após alteração da Lei nº 9.080/1995), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998, art. 1º, § 5º), Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/1995, em seu art. 6º, diploma legal já revogado pela Lei nº 12.850/2013), Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/1999, art. 13 e seguintes) e na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, em seu art. 41).

Entretanto, as referidas disposições legais citadas acima regulam, tão somente, a possibilidade de aplicação de benefício penal mediante efetiva contribuição, imbuindo a norma apenas do aspecto material do acordo. Nessa esteira, a promulgação da Lei nº 12.850/2013 marca o surgimento de um modelo sistemático procedimental mais definido no que se refere à colaboração premiada, conferindo maior segurança jurídica ao instituto. O advento da Lei nº 12.850/2013 levou à revogação, advertem Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, das hipóteses de colaboração premiada para todas as outras possibilidades em que os crimes não tenham sido praticados no âmbito de organizações criminosas⁹.

3.2 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

A colaboração premiada, majoritariamente, é entendida como meio de obtenção de provas, isto é, meio pelo qual serão angariados os meios de prova que deverão ser valorados pelo juiz, como a oitiva do colaborador, provas documentais que porventura sejam apresentadas por ele¹⁰ etc. Sua natureza, inclusive, é apontada como sendo de negócio jurídico processual, por permitir às partes a negociação dos efeitos decorrentes do acordo, conquanto permeado pela voluntariedade dos pactuantes¹¹. A própria Lei 12.850/2013, em seu artigo 3º-A, incluído pela Lei nº 13.964/2019, define o instituto como negócio jurídico processual e meio de obtenção de provas.

Inclusive, o próprio STF assentou a natureza do instituto como sendo de negócio jurídico processual, conforme apontado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, relator do julgamento do Agravo Regimental no Inquérito 4.405, pela 1ª Turma, em 27 de fevereiro de 2018: “Como afirmei na decisão agravada, o acordo de colabora-

9 BITENCOURT, Cezar R.; BUSATO, Paulo C. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850**, de 02 de agosto de 2013. [São Paulo]: Editora Saraiva, 2014, p. 53.

10 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** [livro eletrônico] – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 68.

11 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 24.

ção premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, o que significa dizer que suas cláusulas produzem efeitos apenas nas esferas jurídicas do colaborador e do Órgão Acusador¹².

Tal natureza em parte civilista do acordo de colaboração premiada é marcada, sobretudo, pela presença do elemento consistente na exteriorização da vontade de ambas as partes deste negócio jurídico, que além de se dar no momento da propositura e do aceite do acordo, também se manifesta em sua própria eficácia, uma vez que às partes é outorgada a possibilidade de deliberar acerca dos efeitos do negócio¹³.

Contudo, é necessário que não se subverta a natureza jurídica processual do acordo de colaboração premiada em comparação com os demais acordos desenvolvidos no âmbito do direito civil, uma vez que a livre e abrangente disposição de direitos em negociações privadas não pode ser admitida quando da discussão sobre os termos de um acordo de colaboração premiada, dada a sua natureza pública¹⁴.

Já a natureza de meio de obtenção de provas pressupõe que o instituto funcione como um instrumento que permita se chegar aos elementos ou fontes de prova¹⁵, diferentemente do meio de prova, que é apto a ser utilizado para o convencimento do julgador sobre a veracidade de eventuais afirmações acerca dos fatos objeto da persecução penal em curso¹⁶. Logo, entende-se que a colaboração premiada é um caminho pelo qual serão obtidos os meios e fontes de prova, não constituindo a prova em si.

Inobstante as considerações feitas, seria incorreto pensar na colaboração premiada integralmente como meio de obtenção de provas, pois, no que diz respeito às declarações do colaborador, são elementos que podem ser valorados diretamente

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Inquérito 4.405 Distrito Federal**. “EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. ACESSO AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ILEGITIMIDADE DO INVESTIGADO. SIGILO IMPOSTO POR LEI. INVALIDADE DO ACORDO QUE, SEQUER EM TESE, PODERIA GERAR INVALIDADE DAS PROVAS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO”. 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 27.02.2018.

13 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 26.

14 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 26.

15 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 616.

16 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021, p. 616.

pelo magistrado intérprete da norma, possuindo, assim, uma natureza “mista”, sendo ao mesmo tempo meio de prova e meio de obtenção de provas¹⁷.

4. DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO ACORDO PELO DELATADO

4.1 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Quanto à problemática aqui proposta, firmou-se, no STF, o entendimento pela impossibilidade de impugnação dos acordos de colaboração premiada por terceiros delatados, sob a justificativa de que eles não possuiriam legitimidade para tal, diante do caráter personalíssimo do negócio jurídico consubstanciado no acordo, uma vez que seus interesses estariam adstritos aos elementos de prova, sendo necessário insurgirem-se no próprio processo penal ou investigação a que respondem.

O STF, em decisão proferida pelo Pleno, em 27 de agosto de 2015, nos autos do Habeas Corpus nº 127.483-PR, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, assentou esse entendimento, nos seguintes termos:

6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13)¹⁸.

Além do julgamento pelo Tribunal Pleno, outro precedente que elucida bem esse entendimento no Pretório Excelso é a decisão no Agravo Regimental no Inquérito nº 4.405/DF, julgado em 27 de fevereiro de 2018 pela 1ª Turma e de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Nesta oportunidade, através do voto do Relator, fora explorada com maior extensão a argumentação quanto à natureza civilista do acordo de colaboração premiada e sua repercussão em eventual impugnação por delatados:

6. No direito civil, como regra geral, observa-se o princípio da relatividade dos contratos, o que significa dizer que estes negócios jurídicos bilaterais produzem efeitos apenas nas esferas jurídicas das partes contratantes. Excepcionalmente, podem existir cláusulas contratuais que atinjam a esfera jurídica de terceiros, o que sempre estará estipulado de maneira expressa no instru-

17 BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coordenação). **Colaboração premiada**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 136.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483-PR**. “Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. (...)”. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27.08.2015.

mento do contrato. Além disso, tais cláusulas devem ser fixadas sempre em favor do terceiro, e nunca em seu prejuízo.

7. No caso do acordo de colaboração premiada, inexistente qualquer cláusula que repercuta na esfera jurídica de terceiros. Todas as obrigações acordadas vinculam, tão somente, o Ministério Público e o colaborador. O fato de o colaborador se comprometer a prestar informações sobre prática de crimes por terceiros não significa que exista cláusula contratual que produza efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros. Assim, o objeto do acordo de colaboração, celebrado de modo livre e consciente pelo colaborador e pelo Órgão da acusação, não gera qualquer obrigação ou direito a terceiro¹⁹.

Nesse sentido, embora o Tribunal Pleno já tenha se manifestado de forma a negar a possibilidade de impugnação ao acordo pelo delatado, é necessário frisar que a 2ª Turma do STF, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 151.605-PR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, por maioria, em 20 de março de 2018, decidiu pela invalidade de colaboração premiada firmada em desacordo com as regras de competência quanto à homologação do acordo, excepcionando, pela primeira vez, o referido entendimento, conforme se depreende do voto do próprio Relator:

A impugnação quanto à competência para homologação do acordo, no entanto, diz respeito às disposições constitucionais quanto à prerrogativa de foro. Assim, ainda que, ordinariamente, seja negada ao delatado a possibilidade de impugnar o acordo, esse entendimento não se aplica em caso de homologação sem respeito à prerrogativa de foro.

Portanto, o caso é de reconhecimento da ineficácia, em relação ao Governador do Estado, dos atos de colaboração premiada, decorrentes de acordo de colaboração homologado em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

As provas devem ser excluídas do inquérito.

Tendo em vista que o inquérito foi instaurado tendo por base material exclusiva os atos de colaboração, o inquérito deve ser trancado²⁰.

A mesma 2ª Turma, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 142.205-PR, feito em conjunto com o julgamento do Habeas Corpus nº 143.427-PR, em 25 de agosto de 2020, ambos de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, versando sobre a problemática aqui posta, por empate, frise-se, concedeu a ordem de ofício para

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Inquérito 4.405 Distrito Federal**. “EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. ACESSO AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. (...)”. 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 27.02.2018.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 151.605-PR**. “Habeas Corpus. 2. Inquérito originário do Superior Tribunal de Justiça. (...) 8. Concedida a ordem, para reconhecer a ineficácia, em relação ao paciente, das provas produzidas mediante atos de colaboração premiada e, em consequência, determinar o trancamento do Inquérito 1.093, do Superior Tribunal de Justiça.”. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.03.2018.

anular acordo de colaboração premiada eivado de ilicitudes, em virtude de impugnação de um dos corréus delatados, excepcionando, novamente, o entendimento até então firmado pela jurisprudência da Corte.

Justificando seu posicionamento, o Ministro Relator assim se manifestou:

Diante da gravidade dos fatos narrados, em que houve a caracterização evidente de um cenário de abusos e desconfiança na atuação das partes envolvidas no acordo de colaboração premiada, penso que é chegado o momento adequado para que se repense a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à impossibilidade de impugnação dos acordos por terceiros delatados²¹.

Ainda sobre o referido julgado, o Ministro Gilmar Mendes, após fazer referência ao entendimento firmado pelo Habeas Corpus nº 127.483-PR, especificamente acerca da impossibilidade de impugnação pelo delatado em razão de o acordo não produzir efeito, por si só, em sua esfera jurídica, ressaltou:

Contudo, tal lógica civilista deve ser lida com cautelas na esfera penal. Ao mesmo tempo, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, de investigação, em que o Estado se compromete a conceder benefícios a imputado por um fato criminoso, com o objetivo de incentivar a sua cooperação à persecução penal.

Embora o acordo de colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, possa apresentar distintos objetivos, em regra a sua principal função probatória é instruir o processo penal, visando à melhor persecução penal de coimputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente a um acusado com o objetivo de obter provas para punir outros imputados.

Resta evidente, portanto, que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados. E, mais do que isso, toca intimamente em interesses coletivos da sociedade, tendo em vista que possibilita a concessão de benefícios penais pelo Estado. (...)

Ou seja, é evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos (...) ²².

O Ministro, para fundamentar sua divergência quanto à jurisprudência dominante na Corte, inicia ponderando que eventual acordo de colaboração premiada

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.205-PR**. “Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. (...)”. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 25.08.2022.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.205-PR**. “Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. (...)”. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 25.08.2022.

firmado e homologado tem o potencial de atingir de maneira muito profunda e gravosa a esfera de direitos do delatado. E continua sua explanação, assentando que:

Sem dúvidas, a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de não impugnabilidade do acordo por terceiros possuía, naquele momento, premissas pertinentes. Contudo, isso ocasionou uma quase total intangibilidade e incontrollabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornamos os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis. (...)

O fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova. Portanto, em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, pensa-se que o acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial²³.

A pretexto de conferir ao instituto a possibilidade de um efetivo controle ante ao inevitável impacto direto à situação jurídica de pessoas que não integram os polos do acordo de colaboração premiada, ressalta o Ministro Gilmar Mendes, que o fato de o terceiro delatado poder se defender das alegações porventura falsas ou equivocadas oriundas do acordo em um procedimento próprio (seja um inquérito ou uma ação penal já em curso), não afasta a necessidade de um juízo de legalidade que deverá recair sobre a homologação do acordo, sendo, portanto, passível de impugnação.

Por derradeiro, o STJ, de início, tomou o mesmo rumo do STF e assentou o entendimento pela impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados, cujo exemplo pode ser aferido a partir do julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 43.776-SP, em 14 de setembro de 2017, pela 5ª Turma, sob relatoria do Ministro Jorge Mussi. O acórdão ressalta que:

2. O acordo de colaboração, por si só, não atinge a esfera jurídica do delatado, uma vez que apenas as imputações contra ele feitas, caso comprovadas, é que podem ser usadas em seu desfavor, o que pode ocorrer independentemente de ser formalizado ou não um acordo com o delator.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.205-PR**. “Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. (...)”. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 25.08.2022.

3. Firmou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores o entendimento de que a delação premiada constitui negócio jurídico personalíssimo, o que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes, e que não interfere automaticamente na esfera jurídica de terceiros, razão pela qual estes, ainda que expressamente mencionados ou acusados pelo delator em suas declarações não possuem legitimidade para questionar a validade do acordo celebrado. Precedentes do STJ e do STF²⁴.

Contudo, foi possível encontrar divergência na mesma 5ª Turma, que, pautando-se na exceção representada pelo julgamento do Habeas Corpus nº 142.205-PR, pela 2ª Turma do STF, também decidiu, por unanimidade, anular acordo de colaboração premiada em virtude de impugnação do terceiro delatado com relação à inidoneidade das provas coligidas através do referido meio de obtenção de prova, nos autos do Recurso em Habeas Corpus 164.616-GO, julgado em 27 de setembro de 2022, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha:

Embora esse instituto tenha representado uma inovação no sistema de Justiça criminal, o Supremo Tribunal Federal, no HC n. 142.205/PR, assentou a possibilidade de anulação e declaração de ineficácia probatória de acordos de colaboração premiada firmados em desrespeito às normas legais e constitucionais (HC n. 142.205/PR, relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 1/10/2020.) (...)

É inadmissível que o Poder Judiciário dê guarida a atos negociais firmados em desrespeito à lei e em ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. (...)

A autorização judicial para adoção dos meios de obtenção de prova subsequentes fundamentou-se, essencialmente, nos elementos informativos prestados pelo delator, cuja força probatória resta esvaziada em razão das citadas ilicitudes, sendo imprestáveis para embasar qualquer denúncia. Nesse contexto, com base nos fundamentos antes declinados, reconhecida a ilegalidade da colaboração premiada firmada pelo advogado que, sem justa causa, delata seu cliente, em ofensa ao dever de sigilo profissional, é de ser declarada a ilicitude das provas que deram origem à persecução penal, com fundamento no art. 5º, LVI, da Constituição Federal e art. 157 do CPP. Ausente material probatório residual suficiente para embasar a ação penal, não contaminado pela ilicitude, inafastável o acolhimento do pedido de trancamento da ação penal²⁵.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus Nº 43.776 - SP (2013/0413208-7)**. “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA (...) DESPROVIMENTO DO RECLAMO.” 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 14.09.2017.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 164.616-GO (2022/0135260-8)**. “RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR HABEAS CORPUS. (...)” 5ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.09.2022.

A doutrina especializada, por sua vez, aponta para a necessidade de sustar os efeitos de colaboração premiada firmada mediante violação de garantias constitucionais, uma vez que eventual acordo e seus decorrentes meios de prova encontram-se maculados²⁶. Acerca da temática, especificamente com relação à lógica civilista que limita a discussão do acordo entre as partes (colaborador e Ministério Público ou autoridade policial) em razão da natureza de negócio jurídico personalíssimo reconhecida pelos Tribunais Superiores, defende-se a necessidade imediata de se proceder com o reexame da matéria sob as lentes das cautelas necessárias em seara criminal, sobretudo em casos de ilegalidade teratológica²⁷.

Sobre o entendimento firmado majoritariamente na jurisprudência do STF e do STJ, embora o professor e ex-ministro Nefi Cordeiro aponte que os argumentos são bem fundamentados, ressalta que eles rejeitam os claros efeitos e impactos que o acordo de colaboração premiada impõe a todo o processo, tornando o réu em acusador, em troca de “favores subjetivamente fixados e pouco controláveis”²⁸, alterando a essência do rito, ao inculcar contraditório entre os acusados²⁹. O ex-ministro chega a concluir também que:

Obstar o controle do acordo de delação é impedir a transparência da negociação do direito subsidiário estatal na persecução criminal. O estado age como delegatário da resposta punitiva social, mas inaceitavelmente a afasta controles dessa ação. A ninguém interessa manter o ilegal, o desarrazoado, o imoral³⁰.

Por derradeiro, também ecoa na doutrina entendimento segundo o qual o terceiro delatado não é visto como apto a requerer que seja declarada a invalidade do negócio jurídico processual consistente na colaboração premiada firmado entre delator e Ministério Público, podendo, no entanto, pleitear seu controle de validade em casos em que o cumprimento das obrigações do negócio resultem em seu

26 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** [livro eletrônico] – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 419-420.

27 CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.176.

28 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 42.

29 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 42.

30 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 42-43.

prejuízo, mormente quando constatados vícios insanáveis³¹. Conforme lecionam o professor Fredie Didier Jr e Daniela Bomfim:

O terceiro não pode requerer que em seu favor seja declarada a ineficácia do negócio e da homologação (nos termos já destacados); poderá, entretanto, requerer que se proceda ao seu controle de validade. Sendo maculados de vício de insanável, que devem ser afirmados na causa de pedir da demanda, surge a todos aqueles cuja esfera jurídica seja atingida pela decisão homologatória o direito de invalidação do negócio, direito potestativo, cujo exercício independe de conduta de outrem.

O direito à invalidação pode ser titularizado por diversos sujeitos distintos, quer terceiros potencialmente atingidos, quer as próprias partes contratantes. A cotitularidade do direito potestativo não impede que ele seja exercido por apenas um dos titulares – inexistente, no caso, litisconsórcio necessário ativo.

Para que o terceiro possa exercer o seu direito à invalidação, é preciso que ele leve a questão ao órgão jurisdicional competente para desconstituir a decisão homologatória e a situação de estabilidade dela decorrente. Apenas o Poder Judiciário poderá proceder ao mencionado controle de validade da decisão homologatória³².

Feitas as considerações jurisprudenciais e doutrinárias pertinentes, debruçar-se-á na análise sobre a natureza dos vícios processuais passíveis de recaírem no procedimento previsto para a homologação do acordo de colaboração premiada, a fim de se aferir se é constitucional o posicionamento majoritário, adotado pelo STF e STJ, segundo o qual não seria possível ao delatado insurgir-se contra o acordo homologado.

5. ENTRAVES CONSTITUCIONAIS À IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA PELO DELATADO

5.1 NULIDADE PROCESSUAL E DECORRENTE ILEGITIMIDADE PROBATÓRIA ATRELADA AO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Tendo em vista que a colaboração premiada, embora majoritariamente seja compreendida como meio de obtenção de prova, por força inclusive da própria Lei nº 12.850/2013, artigo 3º-A, conjuga características também de meio de prova, ao prever a necessidade do depoimento do colaborador, inclusive com a confissão de atos criminosos cometidos, elemento este capaz de se vincular à atividade de

31 DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Em: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez. 2016, p. 50.

32 DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Em: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez. 2016, p. 50.

convencimento do magistrado, vislumbra-se as hipóteses de que eventuais vícios ao longo da homologação do acordo possam atingir tanto a forma do procedimento previsto para sua realização (aspecto processual) quanto aos meios de prova porventura corroborados, ocasionando o surgimento de eventuais nulidades, bem como permitindo a produção de provas ilegítimas.

A nulidade, no processo penal, é compreendida como uma sanção aplicada ao ato processual vicioso, o que o torna inválido quanto a produção de seus efeitos³³. Nessa linha entende-se que, como decorrência lógica da posituação de normas específicas para a prática de atos processuais, apenas aqueles realizados em consonância com o modelo disposto em lei, em respeito à tipicidade processual, serão válidos perante o ordenamento jurídico e, portanto, capazes de produzir seus regulares efeitos³⁴.

Majoritariamente, pode-se dividir as nulidades em absolutas ou relativas, sendo que as primeiras se destacam por referirem-se a uma violação de norma que tutela o interesse público ou princípios constitucionais, podendo ser declaradas de ofício, pois presumidamente prejudiciais ao processo, insanáveis e não passíveis de serem convalidadas por preclusão ou trânsito em julgado³⁵, enquanto as relativas violam uma norma que tutela interesse exclusivo e privado da parte, não podendo ser reconhecida de ofício, bem como se convalidam com a preclusão, devendo o interessado demonstrar prejuízo quando da sua constatação³⁶.

A tipicidade processual refere-se à conclusão de que o processo deve ser composto por atos praticados em respeito à Constituição Federal, às Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos e às normas processuais penais, assegurando-se o respeito ao devido processo legal³⁷.

A forma dos atos processuais é, simultaneamente, limite de poder e garantia para aquele submetido à persecução penal pelo Estado³⁸. Todavia, para a constatação e eventual deferimento de nulidade, há a necessidade de que esse defeito

33 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1688.

34 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1688.

35 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1012.

36 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1013.

37 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1687.

38 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1022.

processual acarrete prejuízo às partes ou ao processo, em respeito ao princípio do prejuízo, insculpido no Código de Processo Penal, em seu artigo 563³⁹.

A despeito de todas as críticas e discussões doutrinárias em torno da questão sobre a adequação da necessidade de se constatar o prejuízo para a decretação de nulidade de um ato processual em âmbito penal⁴⁰, é imperioso destacar que, majoritariamente, entende-se a nulidade absoluta como uma violação de interesse público ou direito constitucionalmente garantido que se presume prejudicial à parte que a suscitou.

Logo, em decorrência de possíveis defeitos relacionados à tipicidade processual conferida pelo ordenamento jurídico à colaboração premiada, especificamente através da Lei nº 12.850/2013, do artigo 3º-A ao artigo 7º, que acabam por gerar as chamadas nulidades absolutas, como seria o caso da ausência de advogado em favor do colaborador ao longo das tratativas, em discordância com o que prevê o artigo 3º-C, § 1º, por exemplo, ou outro fato que maculasse a regularidade, legalidade ou voluntariedade do pacto, caso corroborem para a deflagração de persecução penal em desfavor de eventual delatado, poderão ensejar a nulidade destes novos procedimentos, desde que presente a relação causal.

O princípio da causalidade, em matéria processual penal, prevê que um defeito processual, através de uma relação de causalidade, pode estender-se em cadeia aos demais atos jurídicos subsequentes, na mesma medida da prova ilícita e suas provas derivadas⁴¹, nos moldes do art. 573, § 1º, do Código de Processo Penal, permitindo ao delatado, em tese, pleitear seus direitos em juízo, evitando persecução penal derivada de procedimento nulo.

Inobstante a ampla aceitação e convivência internacional para com os mecanismos consensuais em âmbito penal – notadamente a colaboração premiada – urge a necessidade de se elucidar cada vez mais seus elementos, pressupostos e, principalmente, seus limites diante da Constituição Federal, sobretudo quanto às aporias relacionadas à fragilização de direitos e garantias fundamentais.

5.2 REFLEXOS CONSTITUCIONAIS DA IMPOSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO ACORDO MACULADO PELO DELATADO

Conforme foi possível delinear a partir do estudo da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, os pilares do entendimento segundo o qual o ter-

39 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1702.

40 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1017.

41 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 229.

ceiro delatado não possuiria legitimidade para impugnar acordo de colaboração premiada, baseiam-se, primeiramente, na pretensa natureza de negócio jurídico personalíssimo entre as partes, de modo que as cláusulas do acordo não atingiriam a esfera de direitos de eventual delatado, mas somente afetariam a situação jurídica dos contratantes.

Ainda, defendeu-se que a intangibilidade do acordo perante o delatado é resguardada pela possibilidade de eventuais imputações e provas produzidas em seu bojo serem por ele arguidas nos respectivos procedimentos a que responde (processo ou inquérito policial). Nessa seara, contudo, é indubitável visualizar uma ampla possibilidade de violação das garantias processuais penais atinentes à esfera jurídica do delatado.

Para além da leitura civilista do instituto do acordo de colaboração premiada, destaca-se que, conforme defendido em tópico acerca de sua natureza e características, embora haja manifestação de vontade, tanto nos acordos de colaboração premiada quanto nos acordos desenvolvidos em âmbito privado, a natureza do primeiro é de direito público, uma vez que tutela a possibilidade de impactos na esfera penal do colaborador, através de um meio de obtenção de prova que, a rigor, também se insere dentro do direito público, vez que trata de direito processual penal.

A esse respeito, lecionam os professores Felipe da Costa De-Lorenzi e Guilherme Francisco Ceolin que a natureza do acordo de colaboração premiada, por inserir-se no contexto do direito e processo penal, deve ser interpretado conforme os ditames do direito público:

Primeiro, deve-se assentar uma premissa tão óbvia quanto necessária: o Direito Penal e o Processual Penal são de caráter público, e também o são, por consequência, os acordos que tenham por objeto tais matérias. Isso significa que as colaborações premiadas não são negócios de Direito Civil, relegados à autonomia privada, mas de Direito Público, de modo que sua disciplina deve sofrer influência dessa natureza publicística⁴².

A partir dessa constatação, é possível afastar de plano as conclusões que dispõem que o acordo de colaboração premiada homologado e seus efeitos só atingem as partes, tal qual os acordos firmados no âmbito do direito civil contratual.

O professor Aury Lopes Junior, por sua vez, sugere que o processo penal deve ser interpretado e estudado conforme suas próprias peculiaridades, atribuindo-

42 DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. A impugnação da colaboração premiada pelo delatado na jurisprudência do STF: uma análise de seus fundamentos e elementos para uma compreensão penal do negócio jurídico. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 373.

do-se de sua própria “roupagem”⁴³, haja vista que as possibilidades de sua aplicação lidam, na maior parte das vezes, com a limitação dos bens jurídicos mais caros para a vida em sociedade.

Traduzindo essa constatação para a problemática aqui apreciada, tem-se que a mera consideração do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual cuja incidência de seus efeitos somente recairia sobre as partes, advindo daí suposta natureza “personalíssima”, encampa um uso indevido da justiça criminal, em seu aspecto material (penal) e formal (processual), dada a natureza híbrida da Lei nº 12.850/2013, ao passo que permite e possibilita que o delatado receba, sobre seus ombros, possíveis impactos e efeitos potencialmente danosos em sua vida privada, traduzidos em uma carga acusatória que, não raras vezes, pode ter sido erigida através de defeitos processuais insanáveis.

Essa carga acusatória pode ser traduzida, para o delatado, em instaurações de inquéritos, oferecimento ou recebimento de denúncias, e, até mesmo, a possível fundamentação de uma sentença penal condenatória.

A partir da reflexão acerca do uso que se atribuiu à colaboração premiada, sobretudo pelas lentes do delatado e sua posição jurídica, deduz-se grave violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

O princípio do contraditório prevê uma relação de igualdade entre as partes que integram a relação processual, que pode traduzir-se em iguais oportunidades de serem ouvidas, produzir provas, bem como influenciar no convencimento do juízo⁴⁴. Nas palavras do Professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o referido princípio é: “(...) pois, em resumo, ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los. A contrariedade é ação das partes”⁴⁵.

Essa igualdade deve ser percebida tanto através da possibilidade de obtenção de informações, quanto na participação efetiva da atividade probatória⁴⁶ e se traduz em garantir que as partes possam proceder devidamente ao “(...) método de confrontação da prova e comprovação da verdade”⁴⁷. Nesse sentido, assegurá-las, sobretudo para a defesa, a chance de rebater devidamente as provas e imputações

43 LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 65-68.

44 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª Ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 32-33.

45 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. Pref. Mário Masagão. Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

46 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª Ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

47 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 112.

coligidas, através da informação, mostra-se imprescindível para a manutenção da lógica dialética processual⁴⁸.

Nessa seara, possibilitar ao delatado rebater devidamente as provas e imputações contra ele ofertadas, originadas em virtude de colaboração premiada que viole garantias constitucionais ou interesses públicos, seja na própria atividade probatória, seja quanto à lisura dos ditames procedimentais adotados ao longo das tratativas do acordo até sua homologação (nulidade), é garantir o exercício pleno do contraditório enquanto norteador da natureza dialética da persecução penal, que só pode ocorrer devidamente caso a ele seja assegurada a oportunidade de impugnar tais vícios diretamente em sua origem, qual seja, a negociação e posterior homologação do próprio acordo. Possibilitar ao delatado insurgir-se contra essas provas e imputações somente em virtude de inquérito policial ou processo decorrente significa retardar, suprimir, minar, tolher e limitar a garantia do contraditório que assiste ao investigado ou réu que foi (talvez indevidamente) delatado.

Por sua vez, atrelado ao contraditório está o direito de defesa, que, embora possa se manifestar através da assistência técnica do defensor, também encontra eco na possibilidade de o investigado ou réu, por meio da sua defesa pessoal positiva, contrapor-se ativamente às imputações que lhe são feitas⁴⁹. No caso do delatado, no âmbito de um acordo de colaboração premiada homologado, o referido direito à autodefesa também se traduziria na possibilidade de que ele pudesse confrontar diretamente o instrumento que lhe gerou uma carga acusatória, mormente nos casos em que se discute a lisura das provas obtidas através do referido negócio jurídico processual. Sustenta a professora Ada Pellegrini Grinover:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa - como poder correlato ao de ação - que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório⁵⁰.

Dessa forma, embora não prevista em lei, a possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo terceiro delatado decorre da própria natureza

48 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 112.

49 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 115.

50 GRINOVER; PELLEGRINI, Ada; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo Penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

dialética do processo penal e, por consequência, dos próprios princípios do contraditório e ampla defesa⁵¹.

Inobstante a violação de tais princípios, infere-se também que a impossibilidade de defesa ativa e efetiva do delatado ante o acordo de colaboração premiada excepciona o devido processo legal. Essa garantia traduz-se na ideia de que é preciso assegurar os direitos fundamentais, materializando-os através do efetivo direito ao processo em um prazo razoável, sendo tais direitos compreendidos como essenciais à vida em comunidade⁵². Em síntese, pode ser representado como um conjunto de regras e princípios que garantem às partes um processo justo⁵³.

Dito isso, a Constituição Federal de 1988, além de expressamente assegurar que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o amparo do devido processo legal, em seu artigo 5º, LIV, remonta que a lei não excluirá da análise do poder judiciário eventual ameaça ou lesão a direito, no inciso XXXV do mesmo artigo. Essa garantia constitucional, chamada de garantia da inafastabilidade da jurisdição, além de pressupor um processo para dirimir ou obstar eventual lesão a direito, como garantia da jurisdição para o cidadão enquanto titular deste direito público subjetivo, prevê, reflexamente, um dever de prestação jurisdicional relegado àquele que pode efetivá-lo e garanti-lo, isto é, o Estado, através do Poder Judiciário⁵⁴.

Pelo exposto, a análise sobre eventual lesão à garantia fundamental do delatado em razão da produção de provas ilegítimas (aptas a gerarem nulidades) através da colaboração premiada, não poderia ser atribuída somente para o momento em que já fora instaurado inquérito policial, recebida denúncia ou proferida sentença condenatória, isto é, em momento posterior à homologação e execução do acordo, como faz crer a jurisprudência majoritária que (por enquanto) encampa o entendimento do STF e STJ, em razão de ele supostamente poder rebater as imputações no respectivo procedimento que vier a responder pós-delação.

Isso porque, ao proceder dessa forma, estaria o judiciário limitando a garantia da inafastabilidade da jurisdição com relação ao delatado, pois se encontraria impedido de tomar providências diretamente contra o instrumento processual que

51 ARAÚJO, Gisela Borges de. Da legitimidade do delatado para impugnação do acordo de delação premiada. In: **Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos**. Coordenação: André Luís Callegari. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 121.

52 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora RT, 2011, p. 64-65.

53 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

54 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora RT, 2011, p. 60.

o gerou uma situação desfavorável, como a eventual produção de prova ilegítima em seu desfavor, através do meio de obtenção de prova consistente na colaboração premiada anteriormente firmada, violando, por conseguinte, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo buscou aferir se a impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado, nos moldes da jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, violaria as garantias constitucionais atreladas ao processo penal e dispostas àqueles submetidos ao poder persecutório do Estado, notadamente a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, especificamente em situações em que esses acordos estivessem contaminados por nulidades processuais.

O objetivo da pesquisa foi identificar se este entendimento corresponde ao arcabouço constitucional que permeia o processo penal interpretado pela Constituição Cidadã de 1988 ou se, na realidade, está relacionada à ausência de uma efetiva limitação dos efeitos dos acordos de colaboração premiada perante direitos e garantias fundamentais. Perfilhando-se a problemática e sanando o objetivo geral, foi possível aferir que sim, o referido entendimento jurisprudencial afronta diametralmente as garantias insculpidas na Constituição Federal. Além disso, constatou-se que, embora a Lei nº 12.850/2013 tenha conferido um procedimento mais previsível e garantidor ao instituto da colaboração premiada, a persistente carência normativa atrelada aos anseios punitivistas político-criminais que assolam a justiça criminal, mormente aquela representativa da famigerada criminalidade econômico-financeira, mantém o referido negócio jurídico processual inserido em um contexto de incertezas e abusos processuais penais.

Além de representar a interpretação do instituto pelas lentes do direito civil contratual, minimizando a seriedade e gravidade dos seus possíveis efeitos, a ampla defesa e o contraditório são diametralmente atingidos quando da vedação à legitimidade do terceiro delatado para impugnar colaboração premiada, vez que seu direito de confrontar e, na mesma medida, defender-se efetivamente contra eventual vício processual insanável decorrente diretamente do acordo restaria totalmente limitado.

Ainda, o devido processo legal, sobretudo no que se refere à garantia da inafastabilidade do poder judiciário, também é indevidamente tolhido e violado, posto que, acerca do momento exato da lesão à esfera jurídica do delatado, consistente na homologação e posterior execução do acordo de colaboração premiada, não haveria o justo controle de legalidade por parte do Poder Judiciário na hora mais apropriada, permitindo-se somente rebater a carga acusatória em momento posterior.

Pode-se concluir, por fim, que a primeira hipótese aventada no início deste trabalho, segundo a qual a impossibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado violaria sobremaneira o sistema constitucional, por ameaçar a lisura das garantias fundamentais atreladas ao processo penal, sagrou-se a mais adequada em virtude dos resultados obtidos pela pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. Pref. Mário Masagão. Ed. Revista dos Tribunais, 1973. 272p.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4ª Ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 310p. ISBN 978-85-203-3647-2.
- ARAÚJO, Gisela Borges de. Da legitimidade do delatado para impugnação do acordo de delação premiada. In: **Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos**. Coordenação: André Luís Callegari. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 110-136.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coordenação). **Colaboração premiada**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-147. ISBN 978-85-203-7141-1.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. 1911 p. ISBN 978-65-5991-919-2.
- BITENCOURT, Cezar R.; BUSATO, Paulo C. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. [São Paulo]: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502227064. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227064/>. Acesso em: 05 nov. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Presidência da República, [1941]. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**, Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 10 set. 2023.
- BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**, Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 10 set. 2023.
- BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**, Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 02 out. 2023.
- BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências**, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. **Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas**, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.034%2C%20DE%203%20DE%20MAIO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,a%C3%A7%C3%B5es%20praticadas%20por%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20criminosas.&text=Art.,a%C3%A7%C3%B5es%20de%20quadrilha%20ou%20bando. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. **Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990**, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9080.htm#:~:text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,Nos%20crimes%20previstos%20nesta%20Lei%2C%20cometidos%20em%20quadrilha%20ou%20co,de%20um%20a%20dois%20ter%C3%A7os.%22. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**, Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal**, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm. Acesso em: 03 set. 2023.

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, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 03 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**, Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 02 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**, Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus Nº 43.776 - SP (2013/0413208-7)**. “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, CRIME CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES, CORRUPÇÃO ATIVA, QUADRILHA E LAVAGEM DE DINHEIRO. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA FORMULADO POR CORRÉU. IMPUGNAÇÃO DO AJUSTE POR TERCEIRO DELATADO. (...) DESPROVIMENTO DO RECLAMO.” 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 14.09.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 164.616-GO (2022/0135260-8)**. “RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR HABEAS CORPUS. EXCEPCIONALIDADE. LEI N. 12.850/2013. COLABORAÇÃO PREMIADA FEITA POR ADVOGADO. NATUREZA JURÍDICA DE MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO. VIOLAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL. ART. 34, VII, DA LEI N. 8.906/1994. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. NULIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PROVIDO.” 5ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 27.09.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Inquérito 4.405 Distrito Federal**. “EMEN-TA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. ACESSO AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ILEGITIMIDADE DO INVESTIGADO. SIGILO IMPOSTO POR LEI. INVALIDADE DO ACORDO QUE, SEQUER EM TESE, PODERIA GERAR INVALIDADE DAS PROVAS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO”. 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 27.02.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483-PR**. “Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de delibação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador (...)”. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27.08.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 142.205-PR**. “Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. (...)”. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 25.08.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 151.605-PR**. “Habeas Corpus. 2. Inquérito originário do Superior Tribunal de Justiça. (...) 8. Concedida a ordem, para reconhecer a ineficácia, em relação ao paciente, das provas produzidas mediante atos de colaboração premia-

da e, em consequência, determinar o trancamento do Inquérito 1.093, do Superior Tribunal de Justiça.”. 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 20.03.2018.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2ª Ed. rev. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 184p. ISBN 978-85-9590-091-2.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 248p. ISBN 978-85-309-8799-2.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. A impugnação da colaboração premiada pelo delatado na jurisprudência do STF: uma análise de seus fundamentos e elementos para uma compreensão penal do negócio jurídico. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 347-385, 2021. DOI: 10.46274/1809-192XRICP-2021v6n2p347-385.

DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Em: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez. 2016, p. 23-59.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 348p. ISBN 978-85-203-3618-2.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 541p. ISBN 978-85-472-1467-8.

GRINOVER; PELLEGRINI, Ada; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo Penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 318p. ISBN 978-85-203-3943-5.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1232 p. ISBN 978-85-536-1426-4.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 344p. ISBN 978-85-536-1453.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora RT, 2011. 400p. ISBN: 978-85-203-4062-2.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBC-CRIM, 2015. 248 p. ISBN 978-85-99216-41-5.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28. p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** [livro eletrônico] – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. 478p. ISBN: 978-85-203-7397-2.

O PAPEL DAS REIVINDICAÇÕES HISTÓRICAS DE SOBERANIA SOBRE AS ÓRBITAS GEOESTACIONÁRIAS NA CONSTRUÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO MAIS EQUITATIVA DE ACESSO AO ESPAÇO

THE ROLE OF HISTORICAL CLAIMS FOR THE EXERCISE OF SOVEREIGNTY UNDER GEOSTATIONARY ORBITS IN THE BUILDING OF A MORE EQUITABLE LEGISLATION TO SPACE ACCESS

Eduardo Vasconcelos da Silva Junior¹

RESUMO: A crescente busca pela exploração rentável do espaço tem contribuído para a ocupação das faixas geoestacionárias da órbita terrestre, sobretudo pelo sistema de telecomunicações. No entanto, essa exploração vem ocorrendo de maneira desigual entre os países com maior poder aquisitivo e aqueles de menor desenvolvimento tecnológico no âmbito aeroespacial. Esse desequilíbrio levou a uma reação dos países equatoriais no intuito de reivindicar soberania e direitos sobre a região geoestacionária, tendo em vista a crescente monopolização da região pelos poucos países que detinham tecnologia aeroespacial para tal. Nesse sentido, o artigo busca expor os motivos que levaram à pretensão jurídica de exercício de soberania por parte dos países equatoriais e quais as consequências legislativas dessa reivindicação, de modo a analisar a mudança histórica do comportamento institucional dentro do Direito Espacial. Para tanto, utiliza-se do referencial teórico do neoinstitucionalismo desenvolvido por Douglass North, Hall e Taylor a fim de investigar a reconfiguração da legislação de acesso às órbitas geoestacionárias a partir do comportamento das instituições informais e formais. Como resultado, denota-se que, embora os mecanismos de reivindicação de soberania não tenham se consubstanciado integralmente devido à ausência de efetividade e capacidade jurisdicional, eles foram responsáveis por pressionar por uma regulamentação mais justa e igualitária, principalmente no âmbito da União Internacional de Telecomunicações, no intento de assegurar o direito de acesso e uso aos países que ainda não detêm o arsenal tecnológico e econômico para tal. Observa-se,

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco). Integrante do Grupo de Pesquisa AsaBranca Aerospace e cofundador do Grupo de Pesquisa em Direito Espacial Astrolegis, ambos vinculados à Universidade Federal de Pernambuco. Recife, Pernambuco. E-mail para contato: eduardo.vsilva@ufpe.br. O trabalho é inédito.

ainda, a existência de três fases de comportamento neoinstitucional histórico da relação jurídica com as órbitas geoestacionárias, quais sejam, a ocupação centrípeta, a ruptura histórica e a equidade formal.

Palavras-chave: Direito espacial; órbitas geoestacionárias; soberania; neoinstitucionalismo; União Internacional de Telecomunicações.

ABSTRACT: The growing pursuit of profitable space exploration has contributed to the occupation of geostationary bands of Earth's orbit, particularly by the telecommunications system. However, this exploration has been occurring unevenly between countries with greater purchasing power and those with lower technological development in the aerospace field. This imbalance has led to a reaction from equatorial countries, aiming to claim sovereignty and rights over the geostationary region, given the increasing monopolization of the region by the few countries possessing aerospace technology. In this context, this article seeks to expose the reasons behind the legal claim of sovereignty by equatorial countries and the legislative consequences of this claim, in order to analyze the historical change in institutional behavior within Space Law. To this end, it employs the theoretical framework of neo-institutionalism developed by Douglass North, Hall, and Taylor to investigate the reconfiguration of legislation for access to geostationary orbits based on the behavior of informal and formal institutions. As a result, it is noted that, although the mechanisms of sovereignty claims have not been fully substantiated due to the absence of judicial effectiveness and capacity, they were responsible for pressuring for more just and equitable regulation, mainly within the scope of the International Telecommunication Union, with the aim of ensuring the right of access and use for countries that do not yet possess the necessary technological and economic arsenal. Furthermore, it is observed that there are three phases of historical neo-institutional behavior in the legal relationship with geostationary orbits, namely, centripetal occupation, historical disruption, and formal equity.

Keywords: Space law; geostationary orbits; sovereignty; neoinstitucionalismo; International Telecommunications Union.

1. INTRODUÇÃO

A exploração do espaço a partir de uma perspectiva rentável passou a integrar a política desenvolvimentista dos Estados desde a corrida espacial iniciada na década de 1950. Por tamanha importância econômica, os interesses geopolíticos, as normativas do Direito Internacional Espacial e o aporte financeiro dos países imbricam-se em uma cíclica colisão de interesses que subordinam e influenciam diretamente a regulamentação da região geoestacionária do espaço.

O referido embate de interesses é alicerçado em momentos históricos importantes que resultaram no arrefecimento, pelo menos na perspectiva jurídica e formal, da postura protecionista dos Estados desenvolvidos no âmbito aeroespacial. Isso porque a exploração da órbita geoestacionária era regida por princípios que privilegiavam os que já tinham condições de ocupar o espaço geossíncrono. No entanto, a aplicação indiscriminada dessa política concentrou a exploração geoestacionária na mão de poucos, o que levou a uma reação dos países não privilegiados pelo regime, mediante a reivindicação de soberania e direitos por meio da Declaração de Bogotá de 1976 e de disposições nos textos constitucionais internos.

Nessa conjuntura, utiliza-se do referencial teórico do neoinstitucionalismo para compreender as transformações ocorridas no âmbito regulatório das órbitas geoestacionárias. No modelo neoinstitucional construído por Douglass North² as instituições são sinônimos de “regras do jogo” e resultam da interação entre regras formais e informais, enquanto que os indivíduos (atores políticos, jurídicos, sociais e econômicos) e organizações atuam como jogadores dessas regras do jogo³.

A perspectiva específica do neoinstitucionalismo adotada no presente artigo tem por base a vertente histórica. O uso desta justifica-se pelo seu caráter metodológico eclético, qual seja, a possibilidade de correlacionar a causalidade social decorrente de um transcorrer histórico a partir do comportamento humano orientado por um cálculo estratégico, bem como do modo como os indivíduos recorrem às instituições como modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação e a ação⁴.

Não obstante o tema da modificação da legislação de acesso às órbitas geoestacionárias já tenha sido objeto de estudo de artigos jurídicos e das relações inter-

2 NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic performance**. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

3 DA SILVA, Laura Gabriella Muniz et al. O (Re)Desenho Institucional do Pacto Federativo Diante da Covid-19: Arranjos Institucionais no Contexto da MP 926/2020. **Direito Público**, v. 17, n. 96, 2020.

4 HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary CR. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 58, p. 197, 2003.

nacionais, estes têm por objetivo principal expor o status normativo atual do Direito Espacial e prospectar reformas necessárias. Todavia, entende-se, no presente estudo, que para prospectar tais mudanças é preciso investigar o percurso histórico de transformações da legislação espacial internacional, suscitando uma relação de causa e efeito entre o momento de ruptura histórica, tal como a Declaração de Bogotá, e seus desdobramentos na esfera jurídica.

Neste prisma, o intuito da pesquisa é utilizar o neoinstitucionalismo histórico para investigar se a reivindicação de soberania por parte dos países equatoriais é exercida de fato, concretizando-se na apropriação territorial pelo Estado declarante e respeitada pelos demais, ou, se, pelo contrário, promove apenas reverberações político-jurídicas, no campo institucional formal, que conduzem mudanças mais equitativas na legislação e na regulamentação do acesso ao espaço.

Para tal, recorre-se, no campo teórico-abstrato, à vasta revisão histórica para compreender o processo histórico de transformação da legislação de acesso equitativo às órbitas geoestacionárias, partindo desde as suas primeiras manifestações de exploração, discutindo a própria delimitação de espaço, até seus impactos mais recentes na regulamentação promovida no âmbito da União Internacional de Telecomunicações. Parte fundamental da construção perpassa, sob a perspectiva do neoinstitucionalismo, pela análise do comportamento dos atores relevantes, tais como os Estados com aporte financeiro para exploração da região geossíncrona, a Organização das Nações Unidas e seus órgãos internos e os países com baixo potencial econômico-científico para a exploração imediata do espaço.

1.1 AUSÊNCIA DE CONSENSO ACERCA DA DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO SIDERAL

Naturalmente, os Estados buscam fronteiras claras e geograficamente definidas que determinem onde a sua jurisdição territorial soberana dá lugar a do espaço sideral. No entanto, ainda hoje nenhum dos grandes tratados internacionais de Direito Espacial delimita especificamente a região sob a qual incidem suas normas, bem como não definem em que ponto deixam de valer as normas de Direito Aéreo. É nesse cenário que são empreendidos os esforços teóricos em busca de um parâmetro jurisdicional, destacando-se, entre estes, a dicotomia desenvolvida entre os filiados às correntes “funcionalistas” e “espacialistas”⁵.

5 Para aprofundamento na dicotomia, ver: BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

A abordagem funcionalista tem por premissa a aplicação da lei aérea e da lei espacial a partir da categorização das atividades e tecnologias distintamente utilizadas pelos instrumentos aéreos e espaciais. No entanto, condicionar a aplicação da lei ao tipo de tecnologia empregada no espaço é uma técnica limitada, à medida em que pode tornar-se obsoleta com o advento de novos instrumentos e por desconsiderar a existência dos *designs* tecnológicos híbridos que funcionem tanto no espaço sideral como no aéreo. É por isso que alguns países, como os Estados Unidos da América (EUA), afirmam ser desnecessário estabelecer propriamente uma fronteira entre a zona aérea e a espacial⁶, declarando inexistir critérios para estabelecer tal delimitação⁷.

Por outro lado, os chamados espacialistas defendem a demarcação entre território aéreo e ultraterrestre a partir de critérios científicos ou de comum acordo entre os Estados⁸. É um entendimento que surge em resposta à teoria funcionalista, uma vez que esta se funda em critérios tecnológicos e aquela em critérios territoriais. Segundo os especialistas, se o funcionalismo for adotado como critério delimitador do espaço, provocar-se-ia intensa insegurança jurídica pelo desrespeito à estrutura territorialista em que se funda o Direito Internacional⁹.

Diante dessa dicotomia, herdada do período da Guerra Fria, com os Estados Unidos defendendo a posição funcionalista e a União Soviética a posição espacialista, o Brasil alinhou-se ao discurso soviético. Assim, a diplomacia brasileira defende a necessidade de delimitar e definir o espaço ultraterrestre em virtude da segurança jurídica oferecida por essa proposta. Essa posição diplomática foi suscitada desde as primeiras discussões acerca do tema no âmbito do Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço Exterior (COPUOS).¹⁰

Os debates em torno da delimitação do espaço sideral estão atrelados intrinsecamente à discussão do alcance das normas da legislação aérea. Nesse sentido, o teorema de Theodore von Kármán propõe uma solução: a partir de uma certa altitude a atmosfera terrestre se torna muito “fina” para fins aeronáuticos, sendo, portanto, um critério válido de diferenciação entre o ambiente aéreo e o espacial. Assim, o teorema estipulou uma linha imaginária - definida em 100 km de altitude -

6 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015, p. 63.

7 BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 134.

8 BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 4.

9 CHENG, Bing. *Studies on International Space Law*. Oxford, Inglaterra: **Clarendon PR**, 1998.

10 BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

que limitaria o espaço de atuação viável da aviação¹¹. A definição teve boa aceitação, sobretudo da aviação, sendo este o limite hoje estabelecido pela Federação Aero-náutica Internacional (FAI). Contudo, não há caráter vinculante internacional na delimitação estabelecida pela linha de Von Kármán, conservando como indefinida a questão da delimitação da fronteira ultraterrestre, até que esta se torne uma norma do direito consuetudinário internacional ou seja incluída em algum tratado.

Alguns teóricos defenderam, do ponto de vista científico, que a abordagem racional de delimitação seria determinar o mínimo de altitude alcançado pelos objetos espaciais em suas órbitas¹². Nessa lógica, percebeu-se que raramente as órbitas atingiam pontos inferiores a 100km. Foi sob esse entendimento que as discussões no âmbito caminharam para um consenso no âmbito do COPUOS. Os países integrantes do Comitê adotaram a regra do perigeu para delimitar o espaço, na qual o limite fronteiro entre o espaço aéreo e o cósmico seria o ponto mais próximo da Terra atingido nas órbitas elípticas¹³.

No entanto, destaca Von der Dunk¹⁴ que a regra do perigeu, de caráter estritamente científico, necessita de modificações legais. Isso porque, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico, algumas aeronaves seriam capazes de atingir o mínimo orbital, que atualmente se encontra na faixa dos 78 km, e, conseqüentemente, haveria confusão entre os conceitos de “espaço sideral”, “espaço aéreo”, “aeronave”, e “espaçonave” em suas próprias definições legais, uma vez que, nos termos estabelecidos, seria possível uma aeronave comum alcançar o espaço sideral.

Conforme suscitado por Von Der Dunk¹⁵, a regra do perigeu, nos moldes estabelecidos na década de 1990, poderia implicar em diversas sensibilidades políticas e militares. Isso se daria pela possibilidade de manobrar uma aeronave bélica (regida pela legislação aérea e não espacial) através do espaço sideral para sobrevoar o território de outro Estado, sem que, formalmente, tivesse violado a jurisdição do Estado, uma vez que, pela regra do perigeu, o sobrevoo estaria sendo feito dentro do território internacional e não do território nacional de qualquer Estado.

Todas as referidas discussões configuram claras tentativas dos Estados em estabelecer uma altitude singular na qual o espaço aéreo soberano daria lugar aos bens comuns globais do espaço sideral. No entanto, o impasse esbarra constante-

11 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015, p. 65.

12 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015.

13 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015, p. 68.

14 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015, p. 68-69.

15 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015, p. 68-69.

mente na dicotomia entre estabelecer a zona limítrofe a partir de critérios unicamente científicos ou voluntários estabelecidos pelos Estados interessados¹⁶.

Desse modo, o vácuo da uniformidade teórica e legal quanto à delimitação do espaço ultraterrestre é um dos fatores que arrima a apropriação territorial e jurídica das órbitas geoestacionárias pelos países equatoriais. Isso pois as órbitas geosíncronas não eram unissonamente vistas como espaço ultraterrestre, facultando aos Estados a adoção do entendimento de que essa região constituía um recurso disponível à apropriação por parte dos Estados situados na linha do Equador.

1.2 ÓRBITAS GEOESTACIONÁRIAS: OBJETOS DE REIVINDICAÇÃO

Para entender materialmente o que os Estados equatoriais reivindicaram estar sob sua jurisdição, deve-se, primeiramente, demarcar tecnicamente o que é órbita geoestacionária. Fisicamente, tem-se que a órbita geoestacionária é uma órbita circular sobre o plano do Equador da Terra a 35.786 km de altitude do nível do mar.

Não obstante o fato de que os satélites lançados da Terra apresentam variados tipos de órbitas, a geoestacionária constitui uma das mais importantes, tendo em vista que um satélite posicionado nessa órbita gira na mesma direção e possui a mesma velocidade angular da Terra - ou seja, possui período de rotação de 24 horas -, encontrando-se parado em relação a um ponto fixo na superfície.¹⁷

Importante também a definição dada na A/CONF.101/10 do Escritório das Nações Unidas para Assuntos do Espaço Exterior (UNOOSA)¹⁸, na qual:

A órbita geoestacionária é um recurso natural excepcional, de importância fundamental para diversas técnicas espaciais, entre elas, as comunicações, a meteorologia, a radiodifusão, a retransmissão de dados de satélites em órbita, rastreamento de satélites, etc. Embora não seja esgotável, a órbita geoestacionária tampouco é um recurso natural ilimitado. Por conseguinte, como ocorre com todos os recursos limitados, sua utilização ótima faz necessária a coordenação, a planificação ou a adoção de disposições apropriadas¹⁹.

16 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015.

17 MOTA, Fábio AS; HINCKEL, José N. Estudo do desempenho dos diferentes sistemas propulsivos para a transferência de um satélite para uma órbita geoestacionária. **Proceeding Series of the Brazilian Society of Computational and Applied Mathematics**, v. 1, n. 1, 2013, p. 1.

18 UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS. **Report of the second United Nations Conference on the exploration and peaceful uses of outer space**. Disponível em: https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/1982/aconf/aconf_10110_0_html/A_CONF101_10E.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

19 *La órbita geoestacionaria es un recurso natural excepcional, de importancia fundamental para diversas técnicas espaciales, entre ellas, las comunicaciones, la meteorología, la radiodifusión, la retransmisión de datos desde satélites en órbita, el rastreo de satélites, etc. Si bien, no es agotable, la órbita geoestacionaria tampoco es un recurso natural ilimitado. Por consiguiente, como ocurre*

Até 1 de janeiro de 2022, existiam 4.852 satélites lançados, dos quais 574 eram geoestacionários²⁰. Pela considerável quantidade de satélites operando nessa região, há crescente interesse jurídico quanto à regulamentação orbital e preocupação em relação às tentativas de apropriação da zona geoestacionária por parte de Estados situados na linha do Equador.

De tais abordagens, depreende-se que a órbita geoestacionária é um recurso inesgotável, porém limitado, tendo em vista a possibilidade de saturação em razão do número de satélites alocáveis nesta região. Por isso, a organização e regulamentação jurídica dessa zona se torna preponderantemente importante para minimizar o seu potencial conflituoso ante a sua crescente utilização.

1.3 CONCEITUAÇÃO TEÓRICA DE SOBERANIA

A soberania é elemento da composição clássica do conceito de Estado²¹. As primeiras noções a respeito do instituto remontam a Jean Bodin tendo sido este responsável por dissociar, pela primeira vez, o poder estatal da figura que o exercia, consagrando um dos preceitos fundamentais do entendimento da soberania: o poder deixa de ser um fenômeno pessoal e o Estado, não o indivíduo, passa a ser soberano²².

Nas abordagens mais recentes da Teoria Geral do Estado, Jellinek²³ trata a soberania como “a negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder”. Nesse sentido, a referida negação de subordinação pode se manifestar em duas searas: internamente e externamente. A primeira consubstancia-se na possibilidade de o Estado ocupar a mais alta posição hierárquica dentro de um território. A soberania externa, por sua vez, significa dizer que os Estados ocupam o mesmo patamar hierárquico, sem relação de superioridade ou inferioridade, independentemente de superioridade econômica, bélica ou tecnológica²⁴. Quando

con todos los recursos limitados, su utilización óptima hace necesaria la coordinación, la planificación o la adopción de disposiciones apropiadas.

20 UNION OF CONCERNED SCIENTISTS . **UCS Satellite Database**. Disponível em: <https://www.ucsusa.org/resources/satellite-database#:~:text=Assembled%20by%20experts%20at%20the,currently%20in%20orbit%20around%20Earth>. Acesso em: 01 abr. 2022.

21 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria Política e do Estado**: Livro Texto. 1. Ed. Recife. UFPE, 2018.

22 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria Política e do Estado**: Livro Texto. 1. Ed. Recife. UFPE, 2018, p. 79.

23 JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000, p. 432.

24 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria Política e do Estado**: Livro Texto. 1. Ed. Recife. UFPE, 2018, p. 79.

se alude à soberania externa “se trata do princípio da igualdade soberana dos Estados”²⁵.

O que sobrevém no estudo da natureza jurídica do exercício efetivo da soberania é a correlação indissociável deste conceito com o Direito Internacional e com conceito de território. A respeito disso:

Posto que conceitos jurídicos fundamentais como soberania e jurisdição somente podem ser compreendidos em relação ao território, decorre que a natureza jurídica do território torna-se parte vital para qualquer estudo de Direito Internacional. (...) O princípio segundo o qual um Estado tem a prerrogativa de exercer poder exclusivo sobre seu território pode ser considerado como um axioma do Direito Internacional clássico²⁶.

Desse modo, fica assentado que é requisito essencial da existência do Estado que este possua território específico em que exerça sua soberania²⁷. Estendendo esse pressuposto, podem os Estados declarar como parte de seu território regiões entendidas como integrante do espaço cósmico por parte da comunidade internacional? E em que medida conseguem de fato exercer a sua jurisdição nessas regiões?

O conceito de soberania em sua dimensão externa funciona como norteador para os tratados internacionais que disciplinam as relações interestatais no Espaço. Prova disso é a disposição expressa do artigo I do Tratado sobre Uso e Exploração do Espaço Cósmico (1967):

A exploração e o uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, só deverão ter em mira o bem e interesse de todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científico, e são incumbência de toda a humanidade. O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, poderá ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados sem qualquer discriminação em condições de igualdade e em conformidade com o direito internacional, devendo haver liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes. O espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, estará aberto às pesquisas científicas, devendo os Estados facilitar e encorajar a cooperação internacional naquelas pesquisas²⁸.

25 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria Política e do Estado: Livro Texto**. 1. Ed. Recife. UFPE, 2018, p. 80.

26 SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2003.

27 BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

28 TRATADO sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64362.html. Acesso em: 02 de maio de 2022.

Destarte, para além da regra do jogo formal, qual seja, a proteção à soberania externa prevista pelo ordenamento jurídico internacional, a presente pesquisa pretende analisar o comportamento institucional informal, ou seja, se os Estados respeitam tal disposição nas práticas de ocupação e reivindicação da órbita geostacionária.

2. A DECLARAÇÃO DE BOGOTÁ COMO INSTRUMENTO DE REIVINDICAÇÃO DE SOBERANIA E DIREITOS SOBRE AS ÓRBITAS GEOESTACIONÁRIAS

Ante a ausência de delimitação do Espaço e a crescente disputa pela exploração econômica das órbitas geostacionárias, a Declaração de Bogotá constitui a ocasião histórica de maior tensão em torno dessas problemáticas. O pano de fundo que deflagra a Declaração está na saturação das órbitas geostacionárias e suas frequências e uma tendência à monopolização da região pelos Estados com potencial econômico e científico para explorá-la.

Este último fator foi especialmente relevante para que os países em desenvolvimento cortados pela linha do Equador manifestassem a intenção de reivindicar a soberania ou direitos preferenciais nas órbitas geostacionárias posicionadas verticalmente sobre os seus respectivos territórios, por meio da Declaração de Bogotá, no afã de preservar seus interesses²⁹.

Nesse sentido, durante a 30ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), em outubro de 1975, a Colômbia reivindicou, pela primeira vez, o segmento da órbita geostacionária localizada sobre o seu território, declarando que essa região não estaria incluída no conceito de Espaço previsto pelo Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico de 1967. No ano seguinte, o Equador e o Panamá fizeram coro ao posicionamento apresentado pela Colômbia³⁰.

Esses países equatoriais tinham em comum a necessidade de demarcar claramente o interesse de utilizar a órbita geostacionária como recurso de desenvolvimento econômico. Assim, diante da crescente saturação dessa zona, ocupada sobretudo por países com considerável aporte financeiro, a declaração de soberania sobre as órbitas geossíncronas configurou-se como a principal estratégia adotada para garantir o acesso a essa região antes da sua completa saturação.

29 MONSERRAT FILHO, José. *Introdução ao Direito Espacial*, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. Rio de Janeiro, 1998.

30 AGAMA, Ferdinand Onwe. Effects of the Bogota Declaration on the legal status of geostationary orbit in international space law. *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, v. 8, n. 1, 2017, p. 24-34.

Para marcar o posicionamento, a demanda dos países equatoriais foi apresentada formalmente através da Declaração de Bogotá, de 3 de dezembro de 1976, fruto da reunião entre Brasil, Colômbia, Congo, Equador, Indonésia, Quênia, Uganda e Zaire³¹ na capital colombiana. O documento tinha como reivindicação o exercício de soberania dos países sobre o segmento orbital geostacionário sobreposto ao seu respectivo território³². Na declaração em questão, o Brasil se firmou como observador e os demais, conjuntamente com os aderentes posteriores Gabão e Somália³³, assinaram como partes.

Nessa conjuntura, é mister ressaltar a posição diplomática do Brasil na controvérsia. A comunidade internacional interpretou o ato de assinatura brasileira como observador da Declaração como um ato de apoio irrestrito à tese de possibilidade de apropriação soberana de partes da órbita geostacionária pelos países equatoriais³⁴. Todavia, Montserrat Filho³⁵ defende que a preocupação do Brasil foi sempre a de rejeitar o princípio do *first come, first served*³⁶ e de pleitear a adoção de um mecanismo de acesso equitativo a esse recurso limitado que é o espaço exterior.

Os principais argumentos usados pelos Estados equatoriais foram que: a) a órbita síncrona geostacionária é fato físico vinculado ao nosso planeta que depende apenas de fenômenos gravitacionais gerados pela Terra, e que por isso não deve ser considerada parte do espaço sideral; b) as frequências e as órbitas geostacionárias são recursos naturais escassos, havendo necessidade de proclamar e defender a existência de soberania sobre este recurso; c) a parte da órbita geostacionária localizada sobre um país compõe o seu território e a parte situada sobre o alto mar é patrimônio comum da humanidade; d) não há acesso equitativo às órbitas geostacionárias, conforme previsto pelos Tratados e pela União Internacional de Telecomunicações; e) as órbitas geostacionárias foram classificadas como sendo

31 Renomeado como República Democrática do Congo em 1997.

32 JAPAN AEROSPACE EXPLORATION AGENCY. **Declaration of the First Meeting of Equatorial Countries**. 1976. Disponível em: https://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_2/2-2-1-2_e.html. Acesso em: 03 maio 2021.

33 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998, p. 22.

34 SANTANA, Douglas Nascimento; LIENDO, Luciano Javier. Relações internacionais e Direito Espacial no século XXI: mudanças normativas e institucionais em fase de incubação. **Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais**, v. 3, n. 6, 2017.

35 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

36 Significa que os primeiros que alcançam, primeiro são servidos. Durante muito tempo, esse foi o princípio que regeu o modo de ocupação das órbitas geostacionárias. Assim, os países que tinham potencial econômico e científico para ocupá-la poderiam fazê-lo sem qualquer restrição.

um recurso natural no artigo 33 do Acordo de Málaga de 1973 (substituído pela Convenção Internacional de Telecomunicações)³⁷, e, por conseguinte, seria protegida pelas Resoluções 2692³⁸ e 3281³⁹ da Assembleia Geral da ONU, que atestam e defendem a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais; f) com a soberania dos países equatoriais, seria possível prestar benefícios tangíveis aos seus respectivos povos e à comunidade universal; e g) que não existe uma definição válida ou satisfatória de espaço que sirva para apoiar o argumento de que a órbita geoestacionária está incluída no espaço exterior e, portanto, não haveria desconformidade com o Tratado do Espaço de 1967 por apropriação de região ultraterrestre, uma vez que a faixa geossíncrona não é considerada parte dessa.

O contraponto das potências espaciais firmou-se no entendimento de que a Declaração de Bogotá se contrapõe ao Tratado do Espaço de 1967, mais especificamente a respeito do seu artigo 2º, que desautoriza qualquer apropriação de soberania sobre o espaço sideral. Ainda sob essa lógica, as potências defenderam que a prática dos Estados criou novo costume no Direito Internacional pelo qual o limite entre o espaço aéreo e o espaço cósmico ficaria localizado por volta de 100 quilômetros acima do nível do mar (Linha de Von Kármán) e que a região geossíncrona, por estar a 36 mil quilômetros da superfície terrestre, estaria indubitavelmente dentro da zona definida como espaço exterior⁴⁰.

No entanto, surge um problema de *enforcement* do Tratado do Espaço como justificativa para a invalidade da Declaração de Bogotá. Isso porque dos Estados equatoriais componentes da Declaração de Bogotá, somente o Equador, a Uganda e o Quênia ratificaram o Tratado de 1967, ou seja, somente estes teriam um problema de incompatibilidade jurídica por um Tratado que impede o exercício de soberania em qualquer região do espaço e uma Declaração que tem por intuito formal consubstanciar a soberania nas órbitas geoestacionárias. Nesses casos, a manobra

37 SANTANA, Douglas Nascimento; LIENDO, Luciano Javier. Relações internacionais e Direito Espacial no século XXI: mudanças normativas e institucionais em fase de incubação. **Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais**, v. 3, n. 6, 2017.

38 No item 3, tal resolução reconhece o exercício permanente de soberania dos países em desenvolvimento sobre seus recursos naturais como indispensável. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 2692**. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/201876?ln=en>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

39 No seu artigo 2º, inciso 1, dispõe que todos os Estados têm e devem livremente exercer soberania plena e permanente, incluindo posse, uso e disposição de todas as suas riquezas, recursos naturais e atividades econômicas. Ver: UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 3281**. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2778/download>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

40 SANTANA, Douglas Nascimento; LIENDO, Luciano Javier. Relações internacionais e Direito Espacial no século XXI: mudanças normativas e institucionais em fase de incubação. **Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais**, v. 3, n. 6, 2017.

jurídica prevalecente foi afirmar que o Tratado de 1967 não delimita o espaço cósmico e, portanto, as órbitas geoestacionárias não o compunham.

Nesse sentido:

O *enforcement* do princípio da não apropriação pode ser prejudicado pela indefinição dos limites entre espaço aéreo e espaço exterior. Diferentemente do que é afirmado pelas potências espaciais, não há consenso sobre a distância de 100 a 110 quilômetros da superfície como fronteira entre eles⁴¹.

Alguns teóricos como Monserrat Filho defendem que o que de fato assegurou que as reivindicações não obtivessem sucesso foram as dimensões geopolíticas do tema. Isso porque os Estados equatoriais constituíam uma pequena minoria entre todos os interessados na órbita geoestacionária⁴² e, por isso, as reivindicações, dentro e fora da Declaração de Bogotá, não ganharam força⁴³.

Os comportamentos dos atores que não ratificaram o Acordo de 1967 acaba por instituir o que a doutrina neoinstitucional reputa ser um embate institucional por acomodação. Isso ocorre quando instituições formais fortes e instituições informais interagem de modo divergente, com estas últimas contrariando o espírito e a finalidade das regras do jogo formal sem, todavia, violar a letra da lei⁴⁴. Muito embora o comportamento de reivindicação de soberania (dentro e fora da Declaração de Bogotá) constitua, para esses países, regra do jogo informal capaz de contrariar a finalidade dos Tratados do Direito Espacial, não existe nenhum instrumento vinculante para parte dos países equatoriais que os impeça de declarar a soberania sobre as órbitas geoestacionárias, conforme se observa da Tabela 1 a seguir.

Tabela 1 - Embate institucional por acomodação

	Instituição formal forte	Instituição informal
	Tratado de 1967, comportamento da comunidade internacional em torno da existência de um direito consuetudinário à delimitação na faixa dos 100 km acima do nível do mar no âmbito do COPUOS e o princípio da não apropriação	Ausência de instrumento vinculante e a presença de reivindicações de soberania em torno das órbitas geoestacionárias aliada à insuficiência de recursos para a ocupação efetiva das órbitas.
Atores	Potências espaciais (Estados Unidos, Rússia, China) e demais países não-equatoriais	Colômbia, Congo, Indonésia, Zaire, Gabão e Somália

41 SANTANA, Douglas Nascimento; LIENDO, Luciano Javier. Relações internacionais e Direito Espacial no século XXI: mudanças normativas e institucionais em fase de incubação. **Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais**, v. 3, n. 6, 2017.

42 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015.

43 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial**, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. Rio de Janeiro, 1998.

44 NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria Política e do Estado: Livro Texto**. 1. Ed. Recife. UFPE, 2018, p. 99-101.

Desse modo, a imprecisão conceitual quanto à delimitação do Espaço; a ausência de vinculação jurídica de alguns Estados ao Tratado de 1967, e, conseqüentemente, ao princípio de não apropriação; e, por fim, a dimensão geopolítica e de desenvolvimento tecnológico espacial determinam o futuro das reivindicações de soberania no espaço cósmico.

3. NORMATIZAÇÃO DAS PREMISSAS DA DECLARAÇÃO DE BOGOTÁ NOS ORDENAMENTOS DOS ESTADOS EQUATORIAIS

Além de encabeçar a elaboração da Declaração de Bogotá, a Colômbia adotou, no artigo 101 da sua Constituição de 1991⁴⁵, a ideia de que a órbita geoestacionária compõe parte do seu território, como pode ser verificado abaixo:

Também são partes da Colômbia, o subsolo, o mar territorial, a zona contígua, a plataforma continental, a zona econômica exclusiva, o espaço aéreo, o segmento da órbita geoestacionária, o espectro eletromagnético e o espaço onde atua, em conformidade com o Direito Internacional ou com as leis colombianas na falta de normas internacionais⁴⁶.

Percebe-se, portanto, que a Colômbia formalizou, em seu ordenamento jurídico, as órbitas geoestacionárias como parte do seu território. Nesse sentido, dispõe de uma condição interessante para a apropriação: a conformidade com o Direito Internacional. Todavia, para que as normas de um Tratado sejam vinculantes dentro de um ordenamento jurídico é preciso que o Estado ratifique o documento. Assim, a Colômbia, por não ter ratificado o Tratado de 1967 - que proíbe a apropriação do Espaço em seu artigo 2º - não está obrigada a segui-lo, podendo, portanto, definir a órbita geoestacionária como parte do seu território, pelo menos do ponto de vista institucional formal.

Desde o início da vigência da Constituição Política de 1991, a Colômbia viu dificultada a possibilidade de ratificar o Tratado de 1967, tendo em vista que a Corte Constitucional poderia declarar a inconstitucionalidade, pelo menos do artigo 2º do Tratado, por incompatibilidade com as normas do direito interno, a saber, o artigo 101 da Carta Magna⁴⁷. O conflito normativo neste caso se daria pelo fato de que o Tratado do Espaço Exterior de 1967 proíbe a apropriação do espaço, enquanto

45 LA REPUBLICA DE COLOMBIA. **Constitucion Política de Colombia 1991**. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

46 *También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.*

47 ORTIZ, J. A. B. (2008). A survey of Colombia's new outer space policy: Reforms in Colombian law. **Acta Astronautica**, n. 63, p. 560–563.

que a Constituição colombiana se apropria da órbita geoestacionária, entendida pela maioria da comunidade internacional como parte do espaço, como integrante do seu território.

Em sentido análogo ao ordenamento colombiano, define a Constituição do Equador de 2008⁴⁸, em seu artigo 4º: “O Estado equatoriano exercerá direitos sobre os segmentos correspondentes da órbita geoestacionária, dos espaços marítimos e da Antártida⁴⁹”. Singular é a situação do Equador, pois, apesar de não condicionar o exercício da sua jurisdição às normas de direito internacional, como fez a Colômbia, o país ratificou o Tratado de 1967, o qual tem por premissa a não-apropriação do Espaço, o que, à primeira vista, cria antinomia com o conteúdo constitucional.

Sob essa lógica, o Equador firma a base da sua coerência jurídica em duas vertentes principais. Em uma dessas correntes jurídicas prioritárias, desconsideram-se as órbitas geoestacionárias como parte do que o Direito Internacional referencia como espaço ultraterrestre⁵⁰. Por outro lado, há posicionamento doutrinário no sentido de que o Equador, mesmo ao ter ratificado o Tratado de 1967, não incorreu em uma incoerência jurídica uma vez que a constituição fala em “exercer direitos” e não em exercício da soberania propriamente dita, ou seja, seria possível utilizar da zona geoestacionária de forma livre e pacífica, reconhecendo naquele segmento um bem comum da humanidade e não como uma propriedade do Estado⁵¹.

Por fim, o Brasil, que adotou a posição de observador ante a Declaração de Bogotá e de signatário do Tratado de 1967, não elencou constitucionalmente a órbita geoestacionária como parte do seu território nacional. A preocupação brasileira, conforme elucidado, sempre foi de rejeitar o princípio do *first come, first served*, e demandar a adoção de um mecanismo de acesso equitativo àquele recurso natural limitado⁵².

48 ASAMBLEA CONSTITUYENTE. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.

49 *El Estado ecuatoriano ejercerá derechos sobre los segmentos correspondientes de la órbita sincrónica geoestacionaria, los espacios marítimos y la Antártida*.

50 BALSECA VACA, Andrea Fernanda. **Los derechos espaciales del Ecuador en el marco de los tratados de uso del espacio ultraterrestre**. Trabalho de Conclusão de Curso - Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2015.

51 JERVES GARCÍA, Daniela. **Derechos del Ecuador en la órbita geoestacionaria y en la Antartida**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidad del Azuay. 2011.

52 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

4. PROBLEMÁTICAS DO EXERCÍCIO EFETIVO DE SOBERANIA E REPERCUSSÕES DAS REIVINDICAÇÕES

Com a reivindicação de soberania por parte dos países equatoriais sobre os segmentos de órbita geoestacionária correspondentes ao seu território, reacendem-se as discussões em torno da delimitação do Espaço e do efetivo exercício da soberania nas regiões apropriadas pelos Estados.

A Declaração de Bogotá, embora não tenha como efeito imediato a ocupação plena das órbitas geoestacionárias, teve papel importante ao trazer à tona, dentro da Organização das Nações Unidas, o debate acerca do acesso equitativo. Nesse sentido, desenvolveu papel importante o subcomitê jurídico do COPUOS, no qual frequentemente vinculava-se o status legal da órbita geoestacionária à questão da definição de espaço ultraterrestre.

Na 40ª sessão do Subcomitê, ocorrida em 2001, foram discutidos os seguintes pontos: (a) definição e delimitação do espaço exterior; (b) o caráter e a utilização da órbita geoestacionária, incluindo a consideração de formas e meios para garantir o uso racional e equitativo da órbita geoestacionária, sem prejuízo ao papel da União Internacional de Telecomunicações (UIT)⁵³. Desse modo, vislumbram-se os primeiros passos para superar a disputa, concentrando-se os esforços na construção de um acesso equitativo ao espaço.

No que tange à efetividade do exercício de soberania, é válido ressaltar que embora o projeto dos países equatoriais não tenha encontrado apoio nem mesmo entre os demais países em desenvolvimento aeroespacial, a reivindicação foi responsável por aumentar a pressão pela regulamentação de um acesso equitativo aos recursos da órbita geoestacionária e suas frequências⁵⁴. Tem-se ainda que o exercício de soberania nas órbitas geoestacionárias poderia ser prejudicado do ponto de vista da efetividade. Isso pois grande parte dos países equatoriais - cuja inclinação para apropriar-se juridicamente das órbitas geossíncronas foi historicamente maior - não possuem programas espaciais consolidados e independentes do ponto de vista tecnológico e financeiro⁵⁵.

O exercício de soberania sobre a órbita geossíncrona encontrava óbice também sob o ponto de vista doutrinário da Teoria Geral do Estado. Isso porque é

53 VON DER DUNK, Frans (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, 2015, p. 62.

54 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

55 VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C. **El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿gestaltitud, monopolización o universalidad?**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. XIII, p. 583 -638, 2013.

parte elementar da constituição de um Estado a existência de um poder soberano capaz de assegurar as funções internas e externas do Estado, dando primazia ao estabelecimento de uma ordem material e jurídica efetiva⁵⁶. Portanto, em virtude das limitações econômicas e tecnológicas dos países equatoriais, tinha-se que os estados equatoriais não poderiam reivindicar direitos soberanos sobre uma área onde eles não exerceram, nem exercem, o menor sinal de dominância efetiva.

As reivindicações de soberania receberam sérias oposições da comunidade internacional, sobretudo de países desenvolvidos em tecnologia aeroespacial, cuja monopolização de posição e frequência das órbitas geoestacionárias se consolidava. Nesse cenário, as Nações Unidas admitiram que, ainda que não haja acordo quanto a delimitação entre espaço aéreo e espaço ultraterrestre, a maioria dos países admite que a órbita geoestacionária é parte do espaço ultraterrestre e que, com base na noção de *res communis humanitatis*, todos os Estados devem ter acesso livre a ela, de acordo com o Tratado do Espaço Exterior de 1967⁵⁷.

Em virtude da crescente pressão dos países em desenvolvimento aeroespacial, o COPUOS organizou a 2ª Conferência das Nações Unidas sobre a Exploração e Uso Pacífico do Espaço Exterior para tratar do acesso equitativo dos Estados aos benefícios das atividades espaciais, em especial do uso da órbita geoestacionária e suas frequências⁵⁸. Como resultado da reunião, o Comitê reiterou que tanto a zona geoestacionária como suas frequências são únicas e que a otimização de seu uso exige a coordenação, o planejamento ou a adoção das disposições apropriadas⁵⁹.

Além disso, na Conferência, ocorrida em 1982, denota-se a preocupação das Nações Unidas com a crescente ocupação dos espaços e frequências da órbita geoestacionária por parte dos países desenvolvidos em tecnologia aeroespacial. Isso porque aumentava-se a probabilidade de que quando houvesse consenso em torno de uma legislação equitativa o cenário já fosse de congestionamento da região geossíncrona. Tal cenário constituiria verdadeiro embate divergente por competição entre uma instituição formal fraca (legislação de acesso equitativo) e uma

56 REUTER, Paul. **Instituições Internacionais**. Lisboa, Portugal. Edições Rolim, 1975.

57 SCHROEDER, William Jiménez; AVELLA, Gustavo Jiménez. LA ORBITA GEOESTACIONARIA: UNA REIVINDICACION DESDE LA CONSTITUCION POL. **Pensamiento Jurídico**, n. 15, 2002.

58 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial**, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. Rio de Janeiro, 1998.

59 UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS. **Report of the second United Nations Conference on the exploration and peaceful uses of outer space**. Disponível em: https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/1982/aconf/aconf_10110_0_html/A_CONF101_10E.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

instituição informal forte (monopolização por parte dos países desenvolvidos tecnologicamente).

Percebe-se, portanto, que, apesar da reivindicação de soberania nas órbitas geoestacionárias não ter logrado êxito integralmente, esta funcionou como mecanismo para pressionar pelo desenvolvimento de regulamentações que reconhecessem e previssem as necessidades futuras dos países em desenvolvimento e dos países com situações geográficas particulares. Ademais, a Declaração de Bogotá foi responsável por reacender as discussões acerca da delimitação do espaço, soberania e dos princípios de não-apropriação⁶⁰.

Para tal regulamentação, a Conferência supracitada afirma a competência da União Internacional de Telecomunicações (UIT) para dispor sobre os recursos relacionados à órbita geoestacionária e suas frequências⁶¹. Ao todo, a UIT é formada por 193 Estados membros, coincidindo com a quantidade de membros da Organização das Nações Unidas, e, ainda, por mais de 900 companhias, universidades e organizações regionais e internacionais⁶².

5. A CRIAÇÃO DE UMA REGULAMENTAÇÃO ACERCA DO ACESSO ÀS ÓRBITAS GEOESTACIONÁRIAS NO ÂMBITO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

O uso das órbitas geoestacionárias vem crescendo ao longo dos anos fazendo surgir problemas relacionados às limitações tecnológicas e naturais que se traduzem na saturação da região, na radiointerferência, no congestionamento de satélites e no aumento do potencial de colisão entre estes.

A União Internacional de Telecomunicações vem se tornando o âmbito protagonista na construção de uma legislação equitativa de acesso às órbitas geoestacionárias. O rol de funções primordiais da UIT está descrito no primeiro artigo da sua Convenção⁶³. Essas funções, embora só tenham sido alcançadas em 1992, são fundamentais para entender como a UIT vem passando por um processo de

60 KEALOTSWE, Ichu. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

61 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial**, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial. Rio de Janeiro, 1998.

62 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Membership**. Disponível em: <https://www.itu.int/hub/membership/>. Acesso em: 05 jul. 2021.

63 Dentre as funções: manter e expandir a cooperação internacional entre todos os Estados-membros para o aperfeiçoamento e uso racional das telecomunicações de todo tipo; e promover o uso dos serviços de telecomunicação com o objetivo de facilitar relações pacíficas. Para as demais funções, ver: INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Convention of the International Telecommunication Union**. Disponível em: <https://www.itu.int/council/pd/convention.html>. Acesso em: 22 jun. 2021.

adaptação às necessidades dos países que ainda estão em processo de inserção no lançamento de satélites de telecomunicações.

O cenário de monopolização, no entanto, não encontrava mudanças práticas significativas. Isso porque os países com maior desenvolvimento aeroespacial e com fortes indústrias tecnológicas continuam a ocupar as posições mais rentáveis e úteis da órbita geoestacionária. Tais Estados, quando não ocupam pessoalmente espaços prestigiados na região, com equipamentos próprios, o fazem através de organizações multi-administrativas como a *International Telecommunications Satellite Organization* (INTELSAT), *Intersputnik International Organization of Space Communications* (Intersputnik) e da *International Mobile Satellite Organization* (IMSO)⁶⁴.

Nessa conjuntura, o privilégio das potências de telecomunicação em alocar os satélites nas faixas mais favoráveis do espaço ultraterrestre é constante alvo de críticas dos países com déficits de desenvolvimento tecnológico. Estes Estados questionam o fato de que as nações com aporte tecnológico e financeiro conseguem sustentar posições e frequências na órbita geoestacionária e correlatas por anos, caracterizando o uso permanente destas áreas e, portanto, ocupação ilícita, desrespeitando o artigo 2º do Tratado de 1967⁶⁵, tal como supostamente faziam os países equatoriais no âmbito da Declaração de Bogotá.

Diante da monopolização, existia também uma limitação estrutural de competência da União Internacional de Telecomunicações. A UIT não detém o poder de alocar estritamente as frequências e posições orbitais que registra. Isso porque a autoridade para pôr um satélite em órbita e de ocupar diferentes frequências de uso sempre coube aos Estados soberanos. Portanto, tem-se que a UIT, embora limitada, age como um mecanismo arrefecedor da ocupação desenfreada, primando pela exploração equitativa recursos para evitar potenciais conflitos⁶⁶. Ainda, apesar da competência limitada sobre o poder soberano dos Estados, os incentivos econômicos promovidos pela UIT, assim como as preferências legais acordadas com os monopolizadores, têm um impacto significativo no desenvolvimento e na operação das órbitas geoestacionárias⁶⁷.

64 KEALOTSWE, Ichó. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

65 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

66 KEALOTSWE, Ichó. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

67 KEALOTSWE, Ichó. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

Desse modo, tornou-se objeto de debate a modificação na estrutura normativa da UIT. Nessa conjuntura, cabe ressaltar que a regulamentação das órbitas geoestacionárias já se baseou estritamente no princípio do *first come, first served*, ou seja, o país que primeiro chegar à parte da órbita geoestacionária têm direito a explorá-la pelo tempo que a ocupar. Durante a vigência desse regime, a base principiológica das funções da UIT foi intensamente criticada, tendo em vista que a faixa geossíncrona não estava sendo usada para o benefício e interesse de todos os países que dela gostariam de fazer uso⁶⁸. Os Estados que se posicionam dessa forma fundamentam seu argumento no fato de que não há mecanismos fortes ou vinculantes para alcançar uso eficiente e econômico da órbita e, conseqüentemente, não há distribuição equitativa⁶⁹.

Como resultado das pressões, a UIT, em suas conferências mundiais de 1977 a 1988, construiu um modelo híbrido, mesclando o sistema vigente (*first come, first served*) com a legislação equitativa de acesso ao espaço ultraterrestre. Dessa forma, com o novo sistema, existem *slots* na órbita geoestacionária destinados aos países em desenvolvimento que desejassem reservar uma frequência ou posição orbital para um projeto de lançamento de satélite a longo prazo⁷⁰. Esse sistema dual foi responsável por apaziguar o questionamento dos países em desenvolvimento aeroespacial quanto à possibilidade de apropriação por ocupação, uma vez que estabeleceu a impossibilidade de ocupação indefinida em algumas regiões.

Portanto, atualmente a UIT incorpora, em seu regime regulatório, instrumentos de acesso equitativo, como os planos de radiofrequência e mapas de posições orbitais, e, para os demais casos, o princípio do *first come, first served*. Esses instrumentos vêm contribuindo para que cada país possua uma posição orbital predeterminedada, associada à utilização livre e gratuita, em qualquer momento, de uma certa quantidade do espectro de radiofrequência, conforme prevê o art. 44 da Constituição da UIT⁷¹.

Os regulamentos da UIT são de caráter administrativo e complementam a Constituição e a Convenção da organização. Ou seja, isto significa que os proce-

68 KEALOTSWE, Ichó. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

69 KEALOTSWE, Ichó. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

70 KEALOTSWE, Ichó. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.

71 SANTANA, Douglas Nascimento; LIENDO, Luciano Javier. Relações internacionais e Direito Espacial no século XXI: mudanças normativas e institucionais em fase de incubação. **Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais**, v. 3, n. 6, 2017, p. 426.

dimentos fixados têm a mesma força de um tratado internacional e formam o elemento mínimo essencial do Direito de cada Estado-membro no que tange ao uso das frequências e posições da órbita geoestacionária e associadas⁷².

Segundo o secretário-geral da UIT dos anos de 1989 e 1999, Pekka Tarjanne, os procedimentos adotados no âmbito da União Internacional de Telecomunicações têm funcionado bem como meio de assegurar o acesso ordenado às órbitas e o uso eficaz do espectro de frequências⁷³. Ele adverte, todavia, que os crescentes interesses comerciais, a disponibilidade de satélites em órbita que rapidamente podem ser deslocados de posição, e a expectativa de crescente demanda por serviços têm pressionado o sistema, conduzindo-o ao que pode ser denominado de caos social⁷⁴.

Nesse sentido, a demanda por posições orbitais, inflada pela participação dos interesses privados, tem levado à intensa saturação de algumas regiões, sobretudo no Pacífico asiático. A situação vem se agravando, tendo em vista que não há certeza de que os segmentos da órbita geoestacionária sobre o Pacífico asiático sejam capazes de absorver tantos satélites quanto se projeta⁷⁵. Nessa nova dinâmica, o direito de colocar satélites em posições orbitais definidas tornou-se uma *commodity* extremamente valiosa, e sua cotação é determinada pela prioridade atribuída a cada posição na órbita geossíncrona sobre a região⁷⁶. Afirmo Pekka que o caos orbital não atende aos interesses de longo alcance de nenhuma das partes, uma vez que a incerteza e a potencial prejudicialidade da saturação da região aos próprios satélites podem desestimular investidores e consumidores. Assim, a adesão aos dispositivos dos regulamentos da UIT, sobretudo pelos entes privados, atenderia aos interesses comuns da humanidade, como meio de resolver os conflitos em potencial⁷⁷.

6. PERSPECTIVA NEOINSTITUCIONAL HISTÓRICA DA OCUPAÇÃO E NORMATIZAÇÃO DAS ÓRBITAS GEOESTACIONÁRIAS

No modelo neoinstitucional desenvolvido por Douglass North, as instituições são consideradas como “regras do jogo” e resultam da interação entre re-

72 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

73 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

74 TARJANNE, Pekka. The Cooperative Uses of Satellite Orbital Slots. **Via Satellite**, 1993.

75 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

76 MONSERRAT FILHO, José. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.

77 TARJANNE, Pekka. The Cooperative Uses of Satellite Orbital Slots. **Via Satellite**, 1993.

gras formais e informais, enquanto indivíduos (atores políticos, jurídicos, sociais e econômicos) e organizações atuam como os jogadores dessas regras. A vertente histórica do neoinstitucionalismo, por seu caráter metodológico eclético, permite a correlação da causalidade social decorrente de um transcorrer histórico com o comportamento humano orientado por um cálculo estratégico⁷⁸.

Utiliza-se, portanto, do neoinstitucionalismo histórico para demonstrar não somente o *status quo* normativo do Direito Espacial, mas sim resgatar e investigar o percurso histórico das transformações na legislação espacial internacional, estabelecendo uma relação de causa e efeito entre os momentos de disrupção histórica, tal como ocorreu com a Declaração de Bogotá, e as modificações jurídicas e normativas posteriores.

Nessa perspectiva, denota-se a existência de três momentos históricos predominantes que contribuem para a reforma da legislação de ocupação das órbitas geoestacionárias. O primeiro deles concretiza-se no cenário de ocupação centrípeta: o exercício do monopólio por parte das potências aeroespaciais sem resistências relevantes por parte dos demais atores.

Em seguida, a disrupção histórica promovida pela Declaração de Bogotá e pelas reivindicações de soberania e direitos, com a atuação divergente de duas instituições: a formal, consubstanciada pelo comportamento consuetudinário da comunidade internacional em torno da delimitação do espaço em torno da faixa de 100 km acima do nível do mar e pelo princípio da não-apropriação previsto pelo Tratado de 1967; e a instituição informal, concretizada pelas declarações de soberania e direito promovidas pelos países equatoriais.

Por fim, a disrupção histórica se decanta na equidade formal, com as reformas legislativas no âmbito da UIT dispor sobre um acesso equitativo vinculante entre os Estados-Membros. Esses momentos foram catalogados em três etapas distintas, cada uma com características próprias, como é possível observar da Tabela 2 a seguir:

Tabela 2 - Perspectiva neoinstitucional histórica acerca do comportamento institucional predominante.

Fase 1 - Ocupação centrípeta	Fase 2 - Disrupção histórica	Fase 3 - Equidade formal
Iniciado com a Guerra Fria. Monopólio de ocupação das órbitas geoestacionárias pelas potências aeroespaciais.	Iniciado pela Declaração de Bogotá. Embate institucional por acomodação. Pressão das instituições informais pela mudança do paradigma formal vigente por uma legislação equitativa.	Iniciado pelas reformas promovidas no âmbito da UIT. A instituição formal passa a ser a legislação equitativa, que converge com a instituição informal dos países equatoriais.

78 HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary CR. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 58, p. 197, 2003.

A perspectiva neoinstitucional histórica contribui para a divisão dessas etapas na medida em que a catalogação foi feita a partir de uma relação de causa e efeito entre os momentos. A fase de ocupação monopolizada pelas potências aeroespaciais da Guerra Fria foi parcialmente superada e debatida a partir de momentos de embates institucionais, tais como os ocorridos a partir da Declaração de Bogotá. Do mesmo modo, o momento histórico protagonizado pela Declaração de Bogotá ensejou, em um claro movimento de causa e efeito, as reformas normativas produzidas no âmbito da UIT.

A partir de tal catalogação orientada pelo neoinstitucionalismo histórico, é possível observar como o movimento disruptivo iniciado pela Declaração de Bogotá, por um lado, contribuiu para a superação de uma fase histórica na qual a ocupação das órbitas geoestacionárias estava centralizada nas potências aeroespaciais da Guerra Fria e, por outro, deu causa aos efeitos das mudanças e reformas normativas na UIT.

Ressalta-se que embora a Declaração de Bogotá tenha sido a causa dos efeitos da mudança normativa, ainda subsiste um panorama de equidade meramente formal, na qual a legislação prevê a equidade, mas, na prática, a ocupação continua sendo protagonizada e monopolizada pelas grandes potências tecnológicas.

7. CONCLUSÃO

Apesar de não terem logrado êxito na sua reivindicação original de exercício de soberania, os Estados equatoriais conseguiram demarcar posicionamento quanto à necessidade de reformulação das regulamentações de acesso equitativo às órbitas geoestacionárias. Nas delimitações teóricas apresentadas, conclui-se que os países equatoriais não conseguiram implementar efetivamente uma ordem material e jurídica efetiva para consubstanciar as reivindicações históricas e constitucionais de soberania. Isso por duas razões principais: a limitação econômica e tecnológica dos países reivindicantes no contexto espacial e a posição geopolítica minoritária equatorial no que tange à apropriação do Espaço.

No entanto, a inexistência de êxito no exercício da soberania não descaracterizou completamente o pleito dos países equatoriais. A Declaração de Bogotá configurou importante instrumento político na formalização das pressões por reformas que garantissem a possibilidade de exploração equitativa da faixa de órbita geossíncrona por todos os países.

Observa-se também uma expansão significativa no escopo de atuação da União Internacional de Telecomunicações para regulamentar o acesso equitativo e os potenciais conflitos em torno das órbitas geoestacionárias, tudo isso endossado

pela ONU por meio do Escritório para Assuntos do Espaço Exterior. Mesmo que não prevista como órgão exclusivo das controvérsias jurídicas do espaço, a UIT tem lidado constantemente com os conflitos relativos às explorações dos recursos orbitários. Desse modo, o órgão consubstancia-se como uma alternativa razoável, embora não suficiente, de acesso para os países, uma vez que atualmente concretiza a perspectiva formal (legislação equitativa) sem que isso seja acompanhado por políticas de fomento financeiro e tecnológico para a ocupação.

A nova regulamentação proposta no âmbito da União Internacional de Telecomunicações, decantou, em um avanço moderado, o equilíbrio entre as pretensões dos países emergentes e as potências espaciais. Isso se deu porque a nova legislação enfraqueceu o debate em torno do fato de que os países com maior avanço tecnológico ocupavam as frequências e posições de órbita por longos períodos, o que poderia configurar apropriação nos termos do Tratado do Espaço de 1967, ao assegurar que os países em desenvolvimento pudessem ter tempo para construir políticas de usufruto dessa região.

O movimento de reivindicação dos países equatoriais foi importante para fortalecer a importância de uma normativa que estabeleça e delimite o conceito de Espaço. Essa é uma temática que permanece em discussão no COPUOS, sobretudo no seu subcomitê legal. Assim, a discussão adensada pelos países equatoriais contribui para que se torne uma preocupação ainda maior no século XXI de uma nova rodada de construção e consagração de acordos vinculantes com o intento de delimitar juridicamente o Espaço Cósmico.

A UIT, mesmo com os problemas apresentados, tem sido um meio pelo qual os Estados e as empresas privadas conseguem encontrar um equilíbrio adequado para tornar a órbita geoestacionária um bem comum da humanidade. No entanto, a questão da saturação de certas regiões ainda é alvo de preocupação dentro da União, o que pode conduzir a uma quarta fase de disrupção com um embate protagonizado pelas entidades privadas.

A preocupação de ressurgimento do debate do exercício de soberania tácita, por dominação e ocupação tecnológica, por parte das potências espaciais, é também um ponto do qual as pesquisas futuras sobre o tema não podem deixar de observar. Isso porque, embora observe os interesses de um acesso equitativo, atualmente a legislação da UIT não proíbe expressamente a implementação de mecanismos monopolizadores de forma tácita e progressiva.

Portanto, projeta-se a possibilidade de análise contínua do tema, preferencialmente com base no neoinstitucionalismo histórico, em vistas a crescente possibilidade de exercício contínuo de soberania e ocupação por dominação tecnológica,

e o provável enfraquecimento da legislação vigente no âmbito da União Internacional de Telecomunicações em face da participação do interesse das empresas privadas na dinâmica de ocupação das órbitas geoestacionárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMA, F. O. Effects of the Bogota Declaration on the legal status of geostationary orbit in international space law. **Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence**, v. 8, n. 1, p. 24-34, 2017.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.
- BALSECA VACA, A. F. **Los derechos espaciales del Ecuador en el marco de los tratados de uso del espacio ultraterrestre**. Trabalho de Conclusão de Curso - Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2015.
- BITTENCOURT NETO, O. de O. **Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre**. 2018. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- CHENG, B. *Studies on International Space Law*. Oxford, Inglaterra: **Clarendon PR**, 1998.
- DA SILVA, L. G. M. et al. O (Re)Desenho Institucional do Pacto Federativo Diante da Covid-19: Arranjos Institucionais no Contexto da MP 926/2020. **Direito Público**, v. 17, n. 96, 2020.
- HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 58, p. 193-223, 2003.
- INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Membership**. Disponível em: <https://www.itu.int/en/myitu/membership>. Acesso em: 30 jul. 2021.
- JAPAN AEROSPACE EXPLORATION AGENCY. **Declaration of the First Meeting of Equatorial Countries**. 1976. Disponível em: https://www.jaxa.jp/library/space_law/chapter_2/2-2-1-2_e.html. Acesso em: 03 maio 2021.
- JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000.
- JERVES GARCÍA, D. **Derechos del Ecuador en la órbita geostacionaria y en la Antártida**. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidad del Azuay. 2011.
- KEALOTSWE, I. **Do the principles of the ITU realize the outer space treaty's concept of equity?**. Tese de Doutorado - University of Pretoria. 2014.
- LA REPUBLICA DE COLOMBIA. **Constitucion Política de Colombia 1991**. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>. Acesso em: 07 maio 2021.
- MONSERRAT FILHO, J. **Introdução ao Direito Espacial, Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro, 1998.
- MOTA, F. A. S.; HINCKEL, J. N. Estudo do desempenho dos diferentes sistemas propulsivos para a transferência de um satélite para uma órbita geostacionária. **Proceeding Series of the Brazilian Society of Computational and Applied Mathematics**, v. 1, n. 1, 2013.
- NÓBREGA, F. F. B. **Entre o Brasil formal e o Brasil real: Ministério Público no Brasil, instituição para o fortalecimento do Estado de Direito?**. 2007. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.
- NÓBREGA, F. F. B. **Teoria Política e do Estado: Livro Texto**. 1. Ed. Recife. UFPE, 2018.

NORTH, D. **Institutions, Institutional Change and Economic performance**. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

ORTIZ, J. A. B. (2008). A survey of Colombia's new outer space policy: Reforms in Colombian law. **Acta Astronautica**, n. 63, p. 560–563.

SANTANA, D. N.; LIENDO, L. J. Relações internacionais e Direito Espacial no século xxi: mudanças normativas e institucionais em fase de incubação. **Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais**, v. 3, n. 6, 2017.

SCHROEDER, W. J.; AVELLA, G. J. LA ORBITA GEOESTACIONARIA: UNA REIVINDICACION DESDE LA CONSTITUCION POL. **Pensamiento Jurídico**, n. 15, 2002.

SHAW, M. N. **International Law**. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 2003.

UNION OF CONCERNED SCIENTISTS . **UCS Satellite Database**. Disponível em: <https://www.ucsusa.org/resources/satellite-database#:~:text=Assembled%20by%20experts%20at%20the,currentl%20in%20orbit%20around%20Earth..> Acesso em: 01 maio 2022.

TARJANNE, P. The Cooperative Uses of Satellite Orbital Slots. **Via Satellite**, 1993.

TRATADO sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico. 17 de abril de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D64362.html. Acesso em: 02 de maio de 2022.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. **Permanent sovereignty over natural resources of developing countries and expansion of domestic sources of accumulation for economic development**. 1970. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/201876?ln=en>. Acesso em: 03 maio 2021.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. **UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 3281 (XXIX): CHARTER OF ECONOMIC RIGHTS AND DUTIES OF STATES**. 1974. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2778/download>. Acesso em: 04 maio 2021.

UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS. **Report of the second United Nations Conference on the exploration and peaceful uses of outer space**. Disponível em: https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/1982/aconf/aconf_10110_0_html/A_CONF101_10E.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

U.S DEPARTMENT STATE (org.). **Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies**. Disponível em: <https://2009-2017.state.gov/t/isn/5181.htm>. Acesso em: 06 maio 2021.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. C. **El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad?**. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, v. XIII, p. 583 -638, 2013.

VON DER DUNK, F. (Ed.). **Handbook of space law**. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2015.

AS LINGUAGENS DO CONSTITUCIONALISMO AUTORITÁRIO: APONTAMENTOS SOBRE OLIVEIRA VIANNA E FRANCISCO CAMPOS

THE LANGUAGES OF AUTHORITARIAN CONSTITUCIONALISM:
NOTES ABOUT OLIVEIRA VIANNA AND FRANCISCO CAMPOS

Felipe Vinícius Capareli¹

RESUMO: A presente reflexão tem como objetivo apresentar os aspectos centrais das obras de Oliveira Vianna e Francisco Campos, dois importantes juristas das experiências autoritárias do constitucionalismo brasileiro, de modo a introduzir, especialmente aos discentes recém-chegados à graduação, no debate sobre o constitucionalismo autoritário. Para tanto, foram selecionados textos produzidos pelos autores mencionados em fins da década de 20 e ao longo dos governos varguistas, período que corresponde à ascensão e consolidação das linguagens do constitucionalismo autoritário brasileiro. Para além da introdução, o texto está estruturado em duas seções, a primeira delas dedicada aos escritos de Oliveira Vianna e a segunda dedicada a Francisco Campos, em ambas reconstruiremos as ideias centrais dos autores, de modo a destacar suas principais características. Por todo o exposto, o caminho metodológico para realização do presente trabalho, revela-se inteiramente bibliográfico.

Palavra-chave: História constitucional. Constitucionalismo autoritário. Francisco Campos. Oliveira Vianna.

ABSTRACT: This article aims to present the central aspects of the works of Oliveira Vianna and Francisco Campos, two important jurists from the authoritarian experiences of Brazilian constitutionalism, in order to present, especially to students who have just arrived at graduation, the debate about authoritarian constitutionalism. In this way, texts produced by these authors at the end of the 1920s and throughout the Vargas governments were selected. In addition to the introduction, the text is structured into two sections, the first dedicated to Oliveira Vianna and the second dedicated to Francisco Campos. In each of them we will reconstruct the authors' central ideas, in order to

1 Mestre e Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/ UFMG). Pesquisa Teoria da Constituição e Pensamento Político e Social Brasileiro. É membro do Núcleo de Estudos Teoria Crítica e Constitucionalismo (FDCE/UFMG), do Núcleo de Estudos Constitucionalismo e Aprendizagem Social (FDCE/UFMG), e do Centro de Estudos Republicanos (DCP/UFMG). E-mail: caparelifelipe@gmail.com

highlight their main characteristics. To this end, the methodology used is entirely bibliographic.

Keywords: *Constitutional History. Authoritarian Constitutionalism.* Francisco Campos. Oliveira Vianna.

1. INTRODUÇÃO

A história brasileira é marcada por intensas disputas políticas, conflitos sociais e tentativas de respostas institucionais a esses conflitos que, não raro, acabam por dar origem a uma nova constituição². Essa diversidade de elementos, bem como a direta relação entre mudança política e construção constitucional, faz de nossa história constitucional um grande laboratório³, no interior do qual vão se formando, a partir da tensão entre a história local e as pretensões universais do constitucionalismo moderno, as linguagens que compõem os discursos jurídicos e políticos⁴.

Essas linguagens exercem uma força paradigmática, moldando as intuições sociocientíficas orientadoras do trabalho de agentes sociais, de modo a constituir “um conjunto de interpretações formadas por uma mistura ilustrativa de dados econômicos, indicadores sociais, traços culturais e rumores políticos⁵”.

Uma das possibilidades, portanto, para se compreender a história de uma determinada sociedade, é “observar quais linguagens foram sancionadas como legítimas integrantes do universo público, e que tipos de intelligentsia ou profissionais adquiriram autoridade no controle desse discurso⁶”.

Muitos desses profissionais/autores, ao escreverem sobre a dinâmica social brasileira, foram capazes de estabelecer determinados paradigmas que, daí em diante, foram transmitidos ao longo do tempo, induzindo outros autores a considerarem seu conteúdo, ainda que para deles discordar, constituindo verdadeira matriz para as performances de diversos atos de fala secundários, isto é, atos proferidos por outros atores/autores do discurso acerca do conteúdo do paradigma.

Ao analisarmos as experiências autoritárias de nossa história constitucional desde esse enfoque, verificaremos que nossos juristas não apenas legitimaram as experiências autoritárias havidas em nossa história constitucional, mas também esta-

2 Paixão, Cristiano Oliveira, Paulo H. Blair. Between Past and Future: The 30 Years of the Brazilian Constitution. I-CONnect - **Blog of the International Journal of Constitutional Law**, Estados Unidos, 10 out. 2018.

3 Paixão, Cristiano. Percursos da História Constitucional: parâmetros, possibilidades e fontes. In: **História Constitucional Brasileira: da Primeira República à Constituição de 1988**. Paixão, Cristiano Carvalho, Cláudia Paiva (coord.). São Paulo. Almedina, 2023.

4 Gomes, David. **A constituição de 1824 e o problema da modernidade – o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da constituição no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2019.

5 Santos, Wanderley Guilherme. **Raízes da imaginação política brasileira**. DADOS – Revista de Ciências Sociais, n.7. Rio de Janeiro, 1970, p.137.

6 Pocock, J. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Edusp, 2003. p.31

beleceram verdadeiros paradigmas orientadores de nossa dinâmica social e jurídica, influenciando, não raro, a construção de nossa institucionalidade⁷.

Diante da importância dessas contribuições e contra a “tendência de nossas faculdades de direito ao silêncio sobre opções políticas passadas de seus quadros, sobretudo quando favoráveis a regimes ou movimentos autoritários⁸”, a presente reflexão tem como objetivo apresentar os aspectos centrais das obras de Oliveira Vianna e Francisco Campos, dois importantes juristas das experiências autoritárias do constitucionalismo brasileiro⁹, de modo a introduzir, especialmente aos discentes recém-chegados à graduação, no debate sobre o constitucionalismo autoritário.

Para tanto, foram selecionados textos produzidos pelos autores em fins da década de 20 e ao longo dos governos varguistas, período que corresponde à ascensão e consolidação das linguagens do constitucionalismo autoritário¹⁰. Assim, para além da presente introdução, nas próximas duas seções, reconstruiremos, respectivamente, as ideias centrais contidas nos textos de Oliveira Vianna e Francisco Campos, de tal sorte a destacar suas principais características e contribuições ao “constitucionalismo autoritário brasileiro”.

2. FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA VIANNA (1883-1951)

Nascido em Saquarema, no interior do estado do Rio de Janeiro, Oliveira Vianna graduou-se em Direito pela Faculdade Nacional no ano de 1906. Em 1916, atuou como professor de Direito Penal na mesma instituição pela qual se graduou.

Foi consultor jurídico do Ministério do Trabalho (1926), além de membro da Comissão Itamaraty, comissão responsável pela elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934, da Comissão revisora das Leis do Ministério da Justiça e Negócios Interiores e, por fim, Ministro do Tribunal de Contas da União¹¹.

7 Sobre isso, conferir: Madeira Pinto, Francisco Rogério. **A formação do pensamento jurídico autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

8 Seelaender, A. C. L.; Castro A. R. de. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: Seelaender, A. C. L.; Fonseca, R. M. **História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.256.

9 Conferir: Medeiros, Jarbas. **Ideologia Autoritária no Brasil, 1930-1945**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1978.

10 Conferir: Rosenfield. Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021.

11 Para uma breve biografia de Oliveira Vianna, conferir: <https://www.academia.org.br/academicos/oliveira-viana/biografia>; <http://brasiliandigital.com.br/brasiliana/colecao/autores/91/viana-francisco-jose-de-oliveira>

Crítico do liberalismo, Vianna faz parte da geração de intelectuais preocupados em explicar o caráter nacional, isto é, buscava estabelecer os traços de nossa identidade enquanto sociedade brasileira.

Utilizando-se de instrumentos de análise da antropologia, sociologia, psicologia e história, Vianna afirmaria que a tradição liberal ao transplantar as instituições típicas do mundo anglo-saxão sem a adequada mediação entre elas e a realidade brasileira, não teria criado as condições necessárias para implementação e consolidação de um ambiente democrático. Pelo contrário, essas instituições construídas pela “mania saxonizante de nossos dirigentes¹²”, apenas reforçavam o poder do mandonismo das elites locais, sendo o sufrágio universal e o voto direto, os principais meios para a manutenção desse poder.

Como já acentuei no Idealismo da Constituição e na Política objetiva, o *erro dos nossos reformadores políticos tem sido querer realizar aqui – no meio desses nossos rudimentarismos de estrutura e de cultura política – uma democracia de tipo inglês. É um ideal absolutamente inatingível, pura utopia; mas, há cem anos, entretanto, esses reformadores políticos o têm tomado como o motivo obcecante da sua ação política – o que nos tem custado algumas revoluções, um pouco de sangue generoso de muitos jovens sonhadores e um regime permanente de inquietações e insatisfações políticas, que azedaram e azedarão nossa existência pelos tempos afora. Porque sejam quais forem as combinações e arranjos constitucionais que engenharem, seja qual for a pregação dos novos Rui do futuro, estaremos condenados a jamais ser ingleses...*

Esta mania aglicanizante, em si mesma – se insistíssemos em conservá-la – não teria maiores consequências, é claro; seria até um passatempo inocente. Mesmo até nos poderia ser útil criando para nossas elites políticas – como aconteceu no Império – um modelo de homem público perfeito – o gentleman, até no vestir e nas maneiras (o que não nos faria mal nenhum, como não nos fez no Império). Ocorre, porém, que esta nossa mania saxonizante não é assim tão inofensiva: determina atitudes que vão mais longe do que essas inocências de suíças à Palmerston, de barbas à Salisbury ou de charutos à Churchill – e isto porque vai influir, como tem influído, sobre a própria construção do nosso mecanismo do Estado: – sobre a nossa estrutura constitucional. Nisto está o grande mal – porque é isto um grande erro. Tudo o que venho escrevendo até agora nos meus livros de doutrina política tem sido no sentido de demonstrar este erro e acentuar este mal. Porque este psitacismo saxônio não nos deixa praticamente desguarnecido dos meios de defesa contra os nossos próprios males: – os males justamente que constituem as enfermidades típicas do nosso organismo político. Insisto sobre este ponto. Politicamente, os ingleses, por exemplo, não conhecem o clã e o seu espírito de faccionismo: – e as suas instituições políticas não possuem, conseqüentemente, nenhuma prevenção ou corretivo contra a ação deste espírito e desta instituição social, uma e outra inexistentes (salvo

12 Vianna, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p.440.

na Irlanda). Nós, ao contrário, somos integralmente dominados na nossa vida política por este espírito, que tem entre nós a difusibilidade do flúor através dos meios permeáveis: por toda a parte – não apenas nos municípios, como nos Estados e na Nação – encontramos o traço deste agente imponderável¹³.

Os liberais não ofereceriam, segundo ele, respostas adequadas ao dilema que a própria tradição trazia consigo, a saber, como fundar uma ordem liberal num país marcado por formas institucionais e dinâmicas sociais autoritárias?

Vianna buscou demonstrar que não éramos historicamente preparados para a democracia, e que a insistência das constituições liberais brasileiras em estabelecer um regime não adaptado às nossas práticas e costumes, estava fadada ao fracasso¹⁴. Em sua visão, faltava-nos o elemento essencial que era possível de ser observado desde os primórdios da Europa ou dos imigrantes saxões que se estabeleceram nas 13 colônias inglesas, isto é, a construção de um sentimento coletivo, a partir da sedimentação de práticas democráticas oriundas de uma espécie de “costume” constituído por práticas correntes e sensibilidades democráticas, resultando em uma “complexa democracia direta¹⁵”, própria da psicologia daquelas sociedades.

Referido diagnóstico não seria observado em nossa formação social. Estruturada a partir das propriedades latifundiárias desde seu “descobrimento”, o povoamento do país foi marcado pelo isolamento populacional, criando-se, por consequência, uma psicologia individualista e atomística, desacostumada com o coletivo. Entre nós, tudo concorreria para dispersar e isolar os indivíduos, estaríamos ainda em plena fase patriarcal, estruturada por uma solidariedade parental e gentílica, mentalidade que marcaria nossa história social e política¹⁶.

O retrato do que é o Brasil, portanto, tinha a imagem de uma sociedade indiferente ao interesse coletivo, sem interesse público ou de qualquer sentimento de solidariedade comunal ou coletiva e, por isso, carente de instituições agregadoras. Faltava ao povo brasileiro reconhecer-se enquanto povo.

Nesse sentido, a construção histórica de nossa formação, imperfeitamente constituída, é utilizada como fundamento para mudanças de todas as ordens. A única parcela da população capaz de levar a cabo essas necessárias mudanças era a elite.

13 Ibid., 2019, p.440-441.

14 Madeira Pinto, Francisco Rogério. **A formação do pensamento jurídico autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p.93.

15 Vianna, Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**, 2ª Reimpressão. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010, pp.240-241.

16 Ibid., 2010, p.242.

Como locus do elemento moral necessário para a condução do país, ela seria composta por “homens da melhor raça”, tais como os homens que existiam no Segundo Império, pois a realização de um grande ideal nunca seria obra coletiva da massa, mas sim de uma elite, de um grupo, de uma classe, que com ele se identifica, que por ele peleje e que, quando vitoriosa, lhe daria realidade e asseguraria a execução.

A exacerbada democratização proporcionada pelo sufrágio universal, que ampliou a participação do povo-massa, trouxe consigo a corrupção dos costumes, fato que afetou a classe dirigente do país. Isso poderia ser verificado na experiência brasileira a partir da Proclamação da República, período em que ocorrera uma mudança dos padrões de ética e valores morais. A Constituição de 1891 e seus ideais, teriam fracassado devido a democratização do sistema político com base nas massas, faltou-lhe uma classe social que os encarnasse.

Esta compreensão realista do nosso povo também nos leva a reconhecer que temos utilizado, com excessiva prodigalidade o sufrágio universal. Não é que esta universalização do sufrágio seja, em si mesma, condenável; ao contrário, das técnicas da democracia é uma das mais seguras e eficientes – desde que seja aplicada e manejada por cidadãos capazes deste regime, é claro. Mas o fato é que, aqui, esta universalização – estabelecida sob pretexto que “assim é que é democrático” e “assim é que é democracia” – não tem resultado eficaz, mesmo quando aplicado à seleção dos executivos municipais, onde seria de presumir maior conhecimento das pessoas e maior critério seletivo por parte da massa. Nós, na verdade, nunca tivemos governo praticamente democrático. Pelo que nos ensina a nossa tradição histórica, fomos sempre governados – na Colônia e no Império – oligarquicamente, como deixamos demonstrado em Fundamentos Sociais do Estado (caps. VI e XIII). O nosso povo-massa, o povo da grass root politics, realmente nunca governou: sempre recebeu de cima, do alto – da Corte fluminense ou das metrópoles provinciais – a lei, o regulamento, o código, a ordem administrativa, a cédula eleitoral, a chapa partidária (...)

Só na República, tentamos a democracia do povo-massa pela constituição dos governos municipais, estaduais e central por eleição direta e pelo sufrágio universal. Mas foi o que se sabe e o que se viu: o absentismo eleitoral, que estudei já alhures, deu a resposta cabal à utopia do nosso marginalismo político. (...)

Em boa verdade, o nosso povo-massa não comporta ainda uma generalização assim tão ampla e inconsiderada desta técnica da democracia que é o sufrágio universal. Técnica, aliás, que, na Europa, só o povo inglês se tem mostrado capaz de desenvolver e realizar plenamente. Realmente, entregar a organização dos poderes públicos provinciais e federais – como fizemos na Constituição de 24 e na Constituição de 1891 – ao povo-massa do interior (outra coisa não era o sufrágio estendido a toda a nação, sem distinção de categorias, nem de status) foi, sem dúvida, excessivo, porque era exigir muito de um povo destituído de educação democrática – como já demonstramos

(...) diferentemente do povo-massa das comunidades anglo-saxônicas, o povo-massa do Brasil não teve, nem tem educação democrática. Devemos ter a resignação de reconhecer esta verdade, já demonstrada nos meus Fundamentos sociais do Estado.

Os doutrinadores e teóricos podem negar esta conclusão tão desagradável; podem afirmar que isto não é verdade; que esta capacidade existe; mas a História e a Ciência Social aí estão para provar a verdade desta asserção com os fatos e os dados na mão podendo dar-se desta nossa carência de educação democrática provas com a mesma segurança com que se demonstraria um teorema geométrico num quadro-negro¹⁷.

Era preciso, então, pensar num modo de filtrar o acesso às posições de direção, no sentido de depurar e garantir que apenas uma elite capacitada exerceria posições de decisão. Isso exigiria dois movimentos estruturados pela técnica autoritária. O primeiro deles, consistiria em neutralizar ou reduzir ao mínimo a influência e autoridade dos “clãs locais”. Em segundo lugar, era preciso educar tanto o povo quanto e, sobretudo, as elites.

No que diz respeito ao primeiro movimento, a centralização do poder decisório retiraria a influência dos coronéis locais que, acostumados em fazer valer pela força da violência que as decisões locais refletissem seus interesses, perderiam o canal institucional apto para tanto. Retirar o elemento político do nível municipal, ao mesmo tempo em que se descentraliza as competências administrativas, garantindo o afastamento do poder de império das elites locais, mas sem desconsiderar as especificidades da localidade.

Em segundo lugar, era preciso inserir as elites brasileiras num projeto pedagógico voltado para os reais problemas do país, pois, até então, as soluções postas em prática por elas foram retiradas dos livros vindos da Europa e aplicadas em solo brasileiro de maneira acrítica. Era imperativo, portanto, renunciar à leitura dos grandes tratadistas e publicistas estrangeiros que, por meio de seus escritos, descreveram as estruturas e as instituições dos povos aos quais eles pertenceram, e pensar nossa realidade com senso objetivo e inclinações realistas.

Assim, o projeto pedagógico mencionado por Vianna, deveria estimular nossas elites a encarar nosso povo como ele deveria ser encarado, ou seja, “como uma coletividade autônoma, estruturada em formas próprias e peculiares, isto é, como um grupo humano original, produto de uma sociogênese específica, que é só dele e de mais nenhum povo¹⁸”. Para solucionarmos nossos problemas políticos e cons-

17 Vianna, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p.455- 458.

18 Vianna, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p.378.

titucionais, era preciso estimular as elites do país a pensarem os problemas e os desafios nacionais a partir da mesma metodologia objetiva dos “sociólogos, dos demografistas, dos psicossociólogos, dos etnologistas, dos culturologistas¹⁹”, levando a sério nosso processo histórico de formação, e não da repetição acrítica de doutrinas estrangeiras, fato que impregnaria a mentalidade de nossas elites de idealismos.

Em síntese, a centralização e a educação das elites seriam os caminhos para a efetivação de uma democracia adequada ao país, uma democracia das elites, legitimada por um constitucionalismo autoritário que desloca o parâmetro de aferimento de sua legitimidade da vontade popular para o conhecimento dos homens sábios, e por isso, mais conscientes dos desafios da realidade nacional.

3. FRANCISCO LUÍS DA SILVA CAMPOS (1891-1968)

No alvorecer dos anos trinta do século passado, é possível identificar um certo consenso entre as abordagens autoritárias sobre a origem da instabilidade das instituições e da sociedade vivenciadas à época. Para elas, as estruturas institucionais formuladas a partir da lógica do liberalismo, não só eram incapazes de evitar a instabilidade, mas atuavam como seu fato gerador, o que confirmaria sua inadequabilidade para, em momentos de crise, e por meio de suas estruturas, atuarem como estabilizadoras de conflitos e expectativas.

Dito de outro modo, ao pensarem o problema diagnosticado a partir da relação entre Direito e Política, esses autores afirmaram que a complexidade do sistema de governo constitucional democrático – proposto pelo liberalismo – para condições normais e pacíficas, era inadequada às exigências de governo oriundas de uma grande crise nacional²⁰. Para eles, o liberalismo e suas instituições não mais ofereceriam as ferramentas adequadas para garantir a unidade da nação, mas atuaria como um verdadeiro agente fragmentador.

Era preciso, portanto, pensar o sistema de governo em outros moldes, não mais nos limites impostos pelo constitucionalismo de matriz liberal à atuação do Estado. Pelo contrário, era preciso ressignificar conceitos e práticas institucionais de modo a legitimar sua forte atuação. Essa ressignificação pressupunha, em primeiro lugar, a separação entre as instituições do liberalismo político do conceito de democracia. Em segundo, a necessidade de se construir um novo modelo constitucional,

19 Ibid., 2019, p.378.

20 Santos, Rogério Dutra dos. A circulação e apropriação do conceito de ditadura constitucional no Brasil: um exame das implicações da obra de Francisco Campos através da história conceitual. In. Bueno, Roberto. **Francisco Campos e o conservadorismo autoritário**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p.21.

fundado na predominância política sob a jurídica, e que fosse capaz de centralizar, na figura do chefe do poder executivo, a atividade legiferante e o poder de decretar a suspensão da ordem jurídica em situações de excepcionalidade.

Uma das maiores expressões dessas ideias foi Francisco Campos, ele entendeu as exigências do espírito de sua época, traduzindo em textos, um conjunto de ideias críticas ao constitucionalismo liberal, cujos elementos se tornariam paradigmáticos em nossa teoria social e, quando chegado 64, seriam retomados e adaptados, inclusive por ele, às exigências políticas daquele contexto.

Mineiro de Dores do Indaiá, Francisco Luís da Silva Campos transitou por meio de seus textos, bem como através de sua atuação prática, entre o Direito e a Política. Ao longo de mais de cinquenta anos de inserção no debate público, seja como intelectual ou “homem de Estado”, sua obra pode ser considerada um registro de ao menos cinquenta anos de nossa história republicana²¹.

Como professor e deputado estadual, Campos participou do ocaso das estruturas da Primeira República, articulando a adesão de parcela da elite mineira à Revolução de 1930. Deposto Washington Luís e instaurado o governo provisório, Campos foi nomeado Ministro da Educação e Saúde e, dos altos salões da administração pública, participou de uma série de reformas institucionais de diversas áreas. Foi Consultor Geral da República, Secretário da Educação e Cultura do antigo Distrito Federal.

Foi nomeado Ministro da Justiça, certamente a mais lembrada entre as diversas funções desempenhadas por ele. Com auxílio de Carlos Medeiros, redigiu a Carta autoritária de 1937, documento que institucionaliza a gramática autoritária que, em oposição aos fundamentos do constitucionalismo liberal, vinha se desenvolvendo desde o início da década de 1920, alcançando seu apogeu no Estado Novo.

Em 1942, é nomeado representante do Brasil na Comissão Interamericana em 1942, onde permanece até 1955, quando se afasta, após vinte e cinco anos, dos acontecimentos políticos brasileiros e retorna ao estado de Minas Gerais. No estado natal dedica-se à faculdade de direito, à advocacia e à gestão de suas fazendas. Em 1964, aos setenta e três anos de idade, emprestou suas habilidades ao golpe militar de 1964, ao redigir, novamente em parceria com Carlos Medeiros, o preâmbulo do ato institucional da “revolução”.

Em conferência proferida em 28 de setembro de 1935, no salão da Escola de Belas Artes, no Rio de Janeiro²², Campos falaria sobre a “política e os desafios

21 Para uma breve biografia de Francisco Campos, cf: <https://atlas.fgv.br/verbete/1005>. Acesso em: 28/jul.2023.

22 Campos, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2011, pp.11-38.

de seu tempo” frente as rápidas transformações sociais. Segundo ele, estávamos ali diante do aspecto trágico das épocas de transição em que “o passado continua a interpretar o presente; em que o presente ainda não encontrou as suas formas espirituais, e as formas espirituais do passado, com que continuamos a vestir a imagem do mundo, se revelam inadequadas²³”.

Estaríamos vivendo à época, o crescimento acelerado de problemas, ao mesmo tempo em que se verificaria um certo ceticismo em como resolvê-los. Desse modo, todas as nossas antigas soluções, baseadas numa certa herança intelectual fundada em valores políticos e morais compartilhados, deixariam de existir, não havendo nada capaz de nos integrar enquanto sociedade, pairando sobre o nosso tempo o primado da irracionalidade, único instrumento disponível para integração política:

A vida política, como a vida moral, é o domínio da irracionalidade da ininteligibilidade. O processo político será tanto mais eficaz quanto mais ininteligível. Somente o apelo às forças irracionais ou às formas elementares da solidariedade humana tornará possível a integração total das massas humanas em regime de Estado. O Estado não é mais do que a projeção simbólica da unidade da Nação, e essa unidade compõe-se, através dos tempos, não de elementos racionais ou voluntários, mas de uma cumulação de resíduos de natureza inteiramente irracional (...) A política transforma-se dessa maneira em teologia²⁴.

A integração por processos políticos racionalizados, abordagem compartilhada entre os liberais, daria lugar ao latente inconsciente coletivo formado pelas “emoções, elementos arcaicos da alma humana, cuja substância nebulosa e indefinida se compõe a medula intelectual da teologia política moderna²⁵”. O pensamento discursivo da Política dava lugar às imagens e aos mitos da teologia política: “Irracionalidade e o sentimento de mudança, eis as duas notas dominantes ou as tônicas da alma contemporânea²⁶”. Tudo que era racional e individual tenderia a se coletivizar e irracionalizar.

Se a integração via processos racionais já não era mais possível diante da massificação da sociedade, o único meio existente para realizá-la seria, para Campos, a criação de um mito capaz de acionar e mobilizar as emoções latentes no inconsciente humano:

23 Ibid., 2001, p.13.

24 Campos, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2011, p.20.

25 Ibid., 2001, p.20.

26 Ibid., 2001, p.21.

O mito sobre que se funda o processo de integração política terá tanto mais força quanto mais nele predominarem os valores irracionais. O mito da nação incorpora grande número desses elementos arcaicos. O seu contexto não é, porém, um contexto de experiências imediatas. Ele constitui-se, em grande parte, de abstrações ou pelo menos de imagens destituídas, pelo caráter remoto das duas relações com a experiência imediata, de uma carga afetiva atual ou capaz de organizar e configurar, numa síntese motora, as imagens com que não está em ligação direta ou em relação de continuidade. A personalidade é um mito em que o tecido dos elementos irracionais é mais denso e compacto. As massas encontram no mito da personalidade, que é constituído de elementos de sua experiência imediata, um poder de expressão simbólica maior do que nos mitos em cuja composição entram elementos abstratos ou obtidos mediante um processo mais ou menos intelectual de inferências e ilações. Daí a antinomia, de aparência irracional, de ser o regime de massas o clima ideal da personalidade, a política das massas a mais pessoal das políticas, e não ser possível nenhuma participação ativa das massas na política da qual não resulte a aparição de César. O mito da nação, que constituía o dogma central da teologia política sob cujo regime vive uma das zonas mais volumosas e significativas da cultura contemporânea, já se encontra abaixo da linha do horizonte, enquanto assistimos à ascensão do mito solar da personalidade, em cuja máscara de Górgona as massas procuram ler os decretos do destino²⁷.

Submersa em suas emoções, a massa aguardaria a aparição de César, figura carismática, capaz de entender e moldar seus anseios: “Quanto mais volumosas e ativas as massas, tanto mais a integração política só se torna possível mediante a vontade pessoal de César, não por outra razão, o regime político das massas é o da ditadura²⁸” (...). “Não há hoje um povo que não clame por um César²⁹”.

Estabelecidas as bases de sua sociologia das massas, Campos caminharia para uma crítica ao liberalismo e às suas instituições. Para ele, a ideologia liberal e seus mecanismos de organização e integração social não estariam preparados para a entrada das massas no cenário político, pois, ao reduzir o mundo político real à imagem do mundo forense, e insistir na integração mediante processos racionais de deliberação, o liberalismo tornar-se-ia, ou melhor, seria ontologicamente incapaz, de perceber o contemporâneo divórcio entre a Democracia e ele.

Ao afirmar que as decisões políticas resultariam exclusivamente de elementos intelectuais aptos a racionalizar a substância irracional da vontade, o liberalismo reduziria a realidade política às presunções infantis típicas do pensamento jurídico.

27 Campos, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2011, p.23.

28 Ibid., 2001, p.23.

29 Ibid., 2001, p.24

Segundo Campos, durante muito tempo esse modo de pensar a decisão política pôde funcionar segundo as regras do jogo, “porque o processo político se limitava a reduzidas zonas humanas e o seu conteúdo não envolvia senão estado de tensões ou de conflito entre interesses mais ou menos suscetíveis de um controle racional³⁰” No entanto, com o processo de materialização dos interesses, o quadro de controle político precisou se ampliar. Com o surgimento das massas no paradigma do Estado Social, a pacata tensão entre interesses distintos solucionáveis por elementos intelectuais, assumiria a forma de tensão polar, refratária a qualquer tentativa de solução dentro dos marcos da racionalidade e legalidade liberal.

O clima típico das massas, conflitivo e de grandes tensões políticas, não obedeceria às regras do jogo parlamentar, tornando as premissas racionalistas do liberalismo ineficientes. “Assistimos então, a essa manobra de grande estilo das instituições democráticas: o seu divórcio ostensivo e declarado do liberalismo. O regime de discussão, que não conhecia limites, passa a ter fronteiras definidas e intransponíveis³¹”. As fronteiras as quais se refere Campos, dizem respeito ao quadro de decisões políticas tidas como fundamentais por se tratarem, justamente, da unidade da Nação.

Para fundamentar o caráter indiscutível da decisão fundamental, todo o arcabouço teórico do constitucionalismo liberal é posto em discussão³². A afirmação de que o constitucionalismo seria um trunfo, sobretudo dos direitos individuais, contra pretensões estatais é relativizado. Juntamente a isso, a necessária fragmentação do poder dentro do sistema político que fundamenta a teoria do sistema de separação de poderes, também não permaneceria intocada.

O caráter conflituoso de nosso tempo exigiria a formulação de um constitucionalismo que assumisse um novo dogma, esse dogma consistiria em pressupor, acima da constituição escrita, uma constituição não escrita, na qual estaria contida

30 Ibid., 2001, p.26.

31 Campos, Francisco. **O Estado Novo**. Brasília: Senado Federal, conselho editorial, p.27.

32 Na ótica de Campos, todo o processo de desgaste das instituições liberais decorre, primeiro, do fato de legitimar suas decisões via processos racionais de discussão. Esse processo tende a desconsiderar os polos extremos do jogo político por considerarem que suas demandas não passam pelo crivo da racionalidade do sistema. Ocorre que, numa época em que cada vez mais os polos extremos da política se alargam, a única saída do liberalismo para salvar as aparências de racionalização do seu sistema político é transformar, paradoxalmente, temas que antes eram submetidos ao crivo racional proporcionado pelas discussões, em dogmas indisponíveis para o debate. Há, portanto, um processo de centralização das decisões que se impõe diante das condições reais do mundo político. No limite, em momentos de crise das instituições, o próprio liberalismo recorre aos instrumentos de uma teologia política autoritária, porém, centralizando suas decisões em pequenos grupos incapazes de lhe darem com os anseios das massas. A eficiência do autoritarismo estaria justamente em assumir esse processo natural de “irracionalização”, ressignificando, a partir dele, o conceito de democracia e de suas instituições.

a regra fundamental de que os direitos de liberdade são concedidos, mas sob a reserva de não se envolverem nas decisões constitucionais relativas à substância do regime³³.

Para Campos, ao transformar as decisões políticas fundamentais indiscutíveis, limitando o princípio da liberdade de opção às decisões de caráter secundário, cujos temas não interessariam aos polos extremados do processo político, além de subtrair o número de matérias passíveis de discussão, ou seja, aquelas que possuem a maior carga de interesses conflitivos, as forças que antes se polarizavam, tenderiam a abrir outros caminhos suscetíveis à solução dos conflitos, pois, quanto mais se restringe o campo de opção reservado aos processos deliberativos, característicos das democracias liberais, menos margem se possibilita ao conflito.

Se entender o constitucionalismo a esse modo tem como consequência prática a tendência à diminuição dos conflitos políticos, segundo o jurista mineiro, com eles também diminuiria a importância das instituições democráticas liberais como estruturas de absorção e estabilização de conflitos. Esse processo de estabilização de interesses realizar-se-ia, em escala cada vez maior, por mecanismos irracionais de integração política, transformando a democracia em Estado totalitário. É o que se verificaria, segundo ele, nos regimes democráticos, em que, “dia a dia, aumenta a zona de proscricção ou de ostracismo político a que se vão sendo relegadas as massas de opinião cada vez mais volumosas³⁴”.

A subtração de questões submetidas à livre discussão teria como necessidade institucional a desfragmentação do poder e o deslocamento do centro de decisão política. Submetido à lógica liberal de formação da opinião e da vontade, o Poder Legislativo é o *locus* por excelência da decisão política. É ele que detém a estrutura necessária para dar vazão institucional à pluralidade de ideias e interesses oriundos da sociedade. Legitimado pelo voto de seus eleitores, o parlamento racionaliza as demandas no interior de seu processo legislativo transformando-as em lei, restando ao Poder Executivo, nos limites impostos pelo próprio Poder Legislativo, executá-las.

Novamente, tendo como retórica os novos desafios impostos por uma sociedade de massas, Francisco Campos afirmaria que, diante da complexidade contemporânea, a democracia não consegue operar pelas instituições e instrumentos legados pela tradição liberal, restando, cada vez mais claro, que o meridiano político não passa mais pelas antecâmaras e sessões do Parlamento, “porque um parlamento

33 Campos, Francisco. **O Estado Novo**. Brasília: Senado Federal, conselho editorial, 2001, p.28.

34 Campos, Francisco. **O Estado Novo**. Brasília: Senado Federal, conselho editorial, 2001, p.29.

é, precisamente, o lugar onde nada acontece e nada se decide e, se o centro a que a decisão é juridicamente imputada nada decide, forma-se, imediatamente ao seu lado, um centro de decisões de *facto*³⁵”.

Seria necessário operacionalizar a transformação, por meio de técnicas de um Estado autoritário, da democracia liberal em democracia substantiva, destituindo-a das formalidades liberais, pois, “a crise do liberalismo no seio da democracia é que suscitou os regimes totalitários, e não estes, aquela crise³⁶”

Destarte, era preciso centralizar o poder, ao passo em que se deslocaria a competência das decisões políticas do Legislativo para o Executivo, não havendo o que se falar em sistema de freios e contrapesos, mas num crescente processo de submissão normativa ao político e de administrativização das funções dos demais poderes.

A leitura de “A política e nosso tempo”, fruto do trabalho de um ideólogo no exercício de suas funções no poder³⁷, deixa entrever elementos centrais. O primeiro deles é o modo como o diagnóstico de época, questão central para justificação das ações que seriam tomadas posteriormente, era construído. Ele deriva de uma análise supostamente empírica, atenta às mudanças das características do conflito social, e que pensam, supostamente de modo objetivo e realista, sobre os desafios e riscos que as épocas de transição apresentam.

O segundo elemento é a crítica dirigida aos mecanismos institucionais, esses tidos como inadequados para absorver os novos conflitos sociais, o que justificaria a necessidade de se criar outros mecanismos capazes de lidar com essa questão.

O terceiro elemento é a presença de uma concepção elitista de representação política. De um enfoque social, a escalada contemporânea da produção econômica, além de alterar as características e potencializar os conflitos sociais, também afastaria do “homem comum” a capacidade de compreensão dos problemas e desafios

35 É nessa passagem que se revela claramente o apoio de Campos aos movimentos totalitários da Europa em vias de se consolidar ou já consolidados. Em suas palavras, “Na Alemanha, enquanto um parlamento em que já houve o maior número de partidos procurava chegar a uma decisão política mediante os métodos discursivos da liberal democracia, Hitler organizava nas ruas, ou fora dos quadros do governo, pelos processos realistas e técnicos por meio dos quais se subtrai da nebulosa mental das massas um fria, dura e lúcida substância política, o controle do poder e da Nação”. E conclui, “quem quiser saber qual o processo pelo qual se formam efetivamente, hoje em dia, as decisões políticas, contemple a massa alemã, medusada sob a ação carismática do Fuehrer, e em cuja máscara os traços de tensão, de ansiedade e de angústia traem o estado de fascinação e de hipnose”. Campos, Francisco. **O Estado Novo**. Brasília: Senado Federal, conselho editorial, 2001, p.34-35.

36 Ibid., 2001, p.29.

37 Santos, Wanderley Guilherme. **Ordem Burguesa e liberalismo político**. São Paulo. Duas Cidades, 1978, p.101.

de sua época, transformando um número cada vez maior de matérias políticas, em questões técnicas, restritas aos especialistas.

4. CONCLUSÃO

Em linhas conclusivas, dois aspectos devem ser destacados a partir da exposição feita até aqui. O primeiro deles diz respeito à possibilidade de se traçar entre os textos expostos um diagnóstico compartilhado de época entre os autores. Se, na origem do constitucionalismo moderno, em fins do século XVIII, era preciso fundar a modernidade a partir de uma nova estrutura capaz de integrar e estabilizar os conflitos sociais imanentes a seu processo de sua fundação³⁸. Para Vianna e Campos, entre nós, esse processo nunca se concretizou. É preciso, por conseguinte, modernizar o país, concluir um processo que “as melhores civilizações”, “as civilizações preparadas para a democracia”, há muito já foram capazes de concluir ou, pensando especificamente na exposição de Francisco Campos - ao olhar para a ascensão do Nazismo -, estavam às vésperas de realizar. Porém, essa modernização não poderia ser realizada de qualquer forma, era preciso evitar os excessos que a herança dos pressupostos rousseauianos de igualdade nos deixou. Pressupostos que podem funcionar muito bem acima da linha do equador, mas que por aqui geraram desordem, conflitos, demagogias e fragmentação territorial. Por isso, a nossa modernização havia de ser uma modernização conservadora, controlada e tutelada por uma elite esclarecida (Vianna) ou por um líder carismático capaz de traduzir, sem as mediações institucionais liberais, a vontade da Nação (Campos).

O segundo aspecto, é a centralidade da produção intelectual de Oliveira Vianna e Francisco Campos. São eles verdadeiros cânones do Pensamento Jurídico e Político Brasileiro em sua chave autoritária, de modo que a leitura de seus escritos se torna obrigatória e paradigmática para compreensão de como, ao longo de nossas experiências autoritárias, o constitucionalismo foi instrumentalizado, transformando-se num canal de legitimação institucional de arbitrariedades.

Nesse sentido, um dos caminhos possíveis para compreensão dos desafios e dilemas recentes da democracia brasileira, requer um retorno a um conjunto de conceitos e práticas sociais autoritárias que pensávamos ter sido ostracizadas nos porões de nossas ditaduras, mas que retornaram recentemente ao nosso cotidiano, aos nossos espaços de sociabilidade. Assim, o retorno às obras responsáveis por consolidá-los, parece um caminho interessante para a compreensão das permanên-

38 Conferir: Arendt, H. Sobre a revolução. São Paulo: Editora Ática; Brasília: Editora UnB, 1988.

cias e mudanças acerca do modo como as linguagens autoritárias de nossa história constitucional foram e têm sido utilizadas³⁹.

39 Conforme mencionado na introdução, o objetivo do presente trabalho foi apresentar os aspectos centrais das obras de Oliveira Vianna e Francisco Campos, cujas ideias não apenas legitimaram as experiências autoritárias, mas conformaram uma chave de interpretação da História e do Direito Constitucional entre nós, o chamado constitucionalismo autoritário brasileiro. Para uma breve reflexão sobre a influência dessas ideias no debate atual, conferir: Gomes, D.F.L. Limites de um governo conservador: pequeno ensaio sobre Constituição e identidades coletivas. *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 21, p. 105-129, 2019; CAPARELI, F. V. Teoria da Constituição e Pensamento Político Brasileiro: primeiras aproximações. *Revista de Ciências do Estado*. Belo Horizonte: v. 6, n. 1, e33587. ISSN: 2525-8036.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, H. **Sobre a revolução**. São Paulo: Editora Ática; Brasília: Editora UnB, 1988.
- BUENO, Roberto. **Francisco Campos e o conservadorismo autoritário**. Brasília: Senado Federal, conselho editorial, 2019.
- BRESCIANI MARTINS, Maria Stella. **O charme da ciência e a sedução da objetividade: Oliveira Vianna entre intérpretes do Brasil**. 2ª edição revista. São Paulo: Editora UNESP, 2007.
- CAMPOS, Francisco. **O Estado Novo**. Brasília: Senado Federal, conselho editorial, 2001.
- CAPARELI, Felipe Vinícius. **Teoria da Constituição e Pensamento Político Brasileiro: primeiras aproximações**. Revista de Ciências do Estado. Belo Horizonte: v. 6, n. 1, e33587. ISSN: 2525-8036
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional - Escritos selecionados**. Vol. 1. Belo Horizonte, Conhecimento Editora, 2021.
- GOMES, Ângela de Castro. “A práxis corporativa de Oliveira Vianna”. In: MORAES, E. R. **O pensamento de Oliveira Vianna**. Campinas: Editora da Unicamp, pp. 43-47, 1993.
- GOMES, David. **A constituição de 1824 e o problema da modernidade – o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da constituição no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D’ Plácido, 2019.
- _____. Limites de um governo conservador: pequeno ensaio sobre Constituição e identidades coletivas. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 21, p. 105-129, 2019.
- JASMIN, M.; JÚNIOR, J. F. (Eds.). **História dos conceitos. Debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Ed. Loyola; PUC Rio, 2006.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens. **Rev. Bras. Ciênc. Polít., Brasília**, n. 19, p. 75-119, abr. 2016. Disponível em. acessos em 04 mar. 2021. <https://doi.org/10.1590/0103-335220161904>.
- _____. Idealismo e realismo na teoria política e no pensamento brasileiro: três modelos de história intelectual. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 34, e237103, 2021. Disponível em: Acessos em 04 mar. 2021. Epub 03-Mar-2021. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-3352.2021.34.237103>.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. A institucionalização da área do pensamento político brasileiro no âmbito das ciências sociais: revisitando a pesquisa de Wanderley Guilherme dos Santos (1963-1978). In. **Leituras críticas sobre Wanderley Guilherme dos Santos**. DULCI, Otávio Soares (org) – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- _____. Cartografia do pensamento político brasileiro: conceito, história, abordagens. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 19, p. 75-119, abr. 2016.
- _____. Idealismo e realismo na teoria política e no pensamento brasileiro: três modelos de história intelectual. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 34, e237103, 2021.
- MADEIRA PINTO, Francisco Rogério. **A formação do pensamento jurídico autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna,**

Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

MEDEIROS, Jarbas. **Ideologia Autoritária no Brasil, 1930-1945.** Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MOREIRA, Marcelo Sevaybricker. A democracia no pensamento político e social brasileiro do século XX. In: MENDONÇA, Ricardo Fabrino; CUNHA, Eleonora Schettini Martins (org.). **Introdução à teoria democrática: conceitos, histórias, instituições e questões transversais.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2018. Cap. 5. p. 91-112.

PAIXÃO, Cristiano. **Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988.** Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofia, política y Humanidades. 2011, p. 158. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28220704008>.

_____; OLIVEIRA, Paulo H. Blair. **Between Past and Future: The 30 Years of the Brazilian Constitution.** I-CONnect - Blog of the International Journal of Constitutional Law, Estados Unidos, 10 out. 2018.

_____. Percursos da História Constitucional: parâmetros, possibilidades e fontes. In: **História Constitucional Brasileira: da Primeira República à Constituição de 1988.** Paixão. Cristiano Carvalho, Cláudia Paiva (coord.). São Paulo. Almedina, 2023.

POCOCK, J. **Linguagens do ideário político.** São Paulo: Edusp, 2003.

QUEIROZ, Paulo Edmur de Souza. **A sociologia política de Oliveira Vianna.** São Paulo. Editora Convívio, São Paulo, 1975.

ROSENFELD, Luís. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945).** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2021.

SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados: Rev. Ciências Sociais,** Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

SANTOS, Wanderley Guilherme. Raízes da imaginação política brasileira. **DADOS – Revista de Ciências Sociais,** n.7. Rio de Janeiro, 1970, p.137-161.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político:** São Paulo. Duas Cidades, 1978.

SEELAENDER A. C. L.; Castro A. R. de. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: Seelaender, A. C. L.; Fonseca, R. M. **História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.256.

_____. de. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: Seelaender A. C. L.; Fonseca, R. M. **História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à Modernidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 415-432.

VIANNA, O. **O idealismo da Constituição.** 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

_____. **Problemas de política objetiva.** 3ªed, Rio de Janeiro: Record, 1974.

_____. **Populações Meridionais do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2005

_____. **Instituições políticas brasileiras.** Brasília: Senado Federal, conselho editorial, 2019.

SENTENÇA DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE COM BASE EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA: UM CONFLITO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A BOA-FÉ

DECLARATORY JUDGMENT FOR EXTINCTION OF PUNISHMENT BASED ON FALSE DEATH CERTIFICATE: A CONFLICT BETWEEN LEGAL CERTAINTY AND GOOD FAITH

Gustavo Machado Rebouças¹

RESUMO: O presente trabalho tem por propósito analisar as peculiaridades que gravitam em torno da sentença que declara extinta a punibilidade com fulcro em certidão de óbito forjada, estudando, principalmente, as duas correntes que se estruturaram com vistas a dar uma resposta à questão: a primeira, agasalhada sobretudo pelos Tribunais Superiores, sustenta a inexistência da sentença em comento; a segunda, por sua vez, defende que a decisão judicial em análise é coberta pelo manto da coisa julgada. A metodologia eleita para a pesquisa é do tipo qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental, valendo-se de investigação doutrinária, legal e jurisprudencial. O resultado obtido indica que o caminho mais adequado não consiste nem no reconhecimento da inexistência da sentença, e tampouco na formação da coisa julgada. Ao revés, deve-se enxergar o problema pelo plano da validade, de tal sorte que a sentença que se funde em certidão de óbito falsa seja nula, viabilizando o manejo de incidente de falsidade documental.

Palavras-chave: Extinção de punibilidade. Morte. Coisa julgada. Certidão de óbito falsa.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the peculiarities that revolve around the sentence that declares the punishment extinct based on a forged death certificate, studying, mainly, the two understandings that were structured with a view to answering the question: the first, sheltered mainly by the Superior Courts, maintains the non-existence of the sentence under comment; the second, in turn, argues that the judicial decision under analysis is covered by the mantle of *res judicata*. The methodology chosen for the research is qualitative, exploratory, bibliographical and documental, making use

1 Graduado em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Pós-graduando em Prática Previdenciária pela Legale Educacional. Advogado. E-mail para contato: gustavomachadoreb@gmail.com.

of doctrinal, legal and jurisprudential research. The result obtained indicates that the most appropriate path does not consist either in the recognition of the non-existence of the sentence, nor in the formation of *res judicata*. On the other hand, the problem must be seen from the point of view of validity, in such a way that the sentence that merges into a false death certificate is null, enabling the management of incidents of false documents.

Keywords: Extinction of punishment. Death. *Res judicata*. Fake death certificate

1. INTRODUÇÃO

O artigo 109 do Código Penal, notadamente no inciso I², enuncia que a punibilidade de um crime resta extinta diante da morte do agente. Declara-se, desta feita, o desaparecimento do *jus puniendi* estatal, na medida em que a pena, por expressa determinação constitucional, não pode passar da pessoa do condenado.

Sob esta perspectiva, o artigo 397 do Código de Processo Penal³ traz à baila a sentença absolutória de extinção da punibilidade, que corresponde a um “ato jurisdicional que aprecia o mérito e, por via de consequência, faz caso julgado, isto é, dá aos seus efeitos uma qualidade especial referente ao fato da vida que reconhece”⁴.

Questão tormentosa é arvorada quando se acosta aos autos certidão de óbito falsa. Indaga-se, então, a validade em torno desta extinção de punibilidade. Duas correntes se formam para tentar dar uma resposta à interrogação: a primeira sustenta que, por o ato fundar-se numa situação que não existe (a saber, a morte do acusado), não se forma coisa julgada, na medida em que a sentença seria inexistente. A segunda, de seu turno, pugna pelo trânsito em julgado da decisão, sustentando-se no argumento de que o processo penal brasileiro não admite a revisão criminal *pro societate*, é dizer, em desfavor do réu.

O objeto do presente trabalho, portanto, gravita em torno desta questão. À vista disso, o objetivo é o de buscar compreender qual posicionamento se mostra mais adequado à luz do ordenamento jurídico. O tema se mostra relevante pelo fato de que a formação ou não da coisa julgada impacta diretamente a liberdade do réu, bem jurídico de essencial importância.

A metodologia eleita para fins de realização deste artigo é do tipo qualitativa, com procedimento bibliográfico e documental, e objetivo exploratório. Bases de dado como o *Google Acadêmico*, Plataforma *Scielo* e o Portal de Periódicos da CAPES permitiram acesso à literatura e documentos utilizados para a coleta de dados que embasam a pesquisa. Os critérios de inclusão foram o de artigos, dissertações, teses e julgados a respeito da temática.

2 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

3 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

4 RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012, p. 288.

2. REPENSANDO A TEORIA GERAL DO PROCESSO: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DUALISTA

Autorizada parcela doutrinária sai em defesa de uma teoria unitária de princípios e regras aplicáveis ao processo, é dizer, sustenta a existência de uma Teoria Geral do Processo, que corresponde, basicamente, “ao conjunto de conhecimentos relativos ao processo judicial. [...]. É uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica”⁵.

Apesar disso, tem-se observado, sobretudo entre os autores de Processo Penal, um movimento de superação desta clássica teoria unitária. Carnelutti⁶, na introdução de uma de suas obras, estabelece um paralelo com o conhecido conto infantil da Cinderela:

Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos seus progenitores: chamavam-se a Ciência do Direito Penal, a Ciência do Processo Penal e a Ciência do Processo Civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram mais belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência abandonada.

Aury Lopes Jr.⁷, amparado por esta metáfora, prossegue: “O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela) ”.

Bem vistas as coisas, a Teoria Geral do Processo, pode-se dizer, corresponde a uma Teoria Geral do Processo Civil. Não se pode transplantar seus institutos de maneira incondicional ao Processo Penal, na medida em que são muitas as peculiaridades que o revolvem. Afinal, o processo penal, cerimônia fúnebre que é⁸, tutela principalmente o ser, a liberdade, ao passo que o processo civil tutela o ter, a propriedade. Sob esta perspectiva, assinala Paulo Rangel⁹: “A natureza pública do processo penal onde existem direitos subjetivos públicos inegociáveis frente ao Es-

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 46-47.

6 CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1950, p. 15, trad. minha.

7 LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.I.], v.1, n. 1, 2015, pp. 230-238. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/13>. Acesso em: 27 dez. 2022, p. 231.

8 CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Servanda, 2015, p.63.

9 RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

tado é o que também caracteriza a sua independência do processo civil de caráter privatístico, razão pela qual há que se afastar do processo civil”.

Com efeito, apenas para ilustrar a insubsistência de uma Teoria Geral do Processo, é possível mencionar o vetusto entendimento de que ação penal diz respeito ao “direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto”¹⁰. No escólio de Boschi¹¹, “essa teoria é desenvolvida sob o ponto de vista da teoria geral do processo civil e sofrerá inevitáveis variações sob a perspectiva da teoria geral do processo penal”. Ora, como reconhecer, por exemplo, que a ação penal se trata de direito público subjetivo? Diante do princípio da obrigatoriedade, cujo teor assevera que “o Ministério Público tem o dever de dar início à ação penal desde que o fato praticado pelo agente seja, pelo menos em tese, típico ilícito e culpável, bem como que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa causa para sua propositura”¹², melhor seria falar na existência de um dever jurídico.

Por todo o exposto, verifica-se a necessidade não de uma teoria unitária do processo, mas de, ao menos, uma teoria dualista, haja vista que muitas são as diferenças que se arvoram entre o processo penal e o processo civil, sendo insustentável querer apertá-los em um mesmo compartimento. Esse será, inclusive, o fio condutor desta pesquisa. Fazer as ponderações em comento é imprescindível ao seu desenvolvimento, na medida em que a teoria ponteana do negócio jurídico, que será abordada em tempo oportuno, é incondicionalmente transplantada ao processo penal, sem levar em consideração as peculiaridades que o revolvem, do que resultam sérios problemas (não só acadêmicos, mas também práticos).

3. A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL

O instituto da coisa julgada encontra suas raízes no Código de Hammurabi (compilação de leis encomendada pelo rei da Babilônia no ano de 1.753 a.C.), ao prever que “se um juiz julgou uma causa, pronunciando sentença [e] depositado o documento selado, se, em continuação, muda a decisão, se ficar provado que o juiz mudou a sentença que havia ditado, pagará até doze vezes a quantia que motivou a causa”¹³. Deste excerto, salta aos olhos que possui por escopo garantir a segurança

10 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 255.

11 BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Ed única. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 92.

12 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 21 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p. 846.

13 LARA PEINADO, Federico. **Código de Hammurabi**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 7, trad. minha.

jurídica. Tão significativa é sua existência que alguns autores aduzem que “se a coisa não existisse em um ordenamento jurídico, haveria que inventá-la, porque é perfeitamente imaginável a insegurança jurídica que se derivaria da sua inexistência”¹⁴.

No Brasil, a Constituição Federal, notadamente no inciso XXXVI do artigo 5º¹⁵, estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Destarte, “tendo em vista que a Constituição da República proíbe que alterações no direito objetivo violem a coisa julgada, também impede que o juiz, que é o intérprete e o aplicador do direito objetivo ao caso concreto, viole a *res judicata*”¹⁶. Trata-se, portanto, de autêntica garantia constitucional.

Apesar da genérica proibição acima estatuída, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasil¹⁷, no artigo 6º, §3º, desce um pouco mais a minúcias, denominando a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. Indo adiante, o Código de Processo Civil¹⁸, no artigo 503, delinea que “coisa julgada material [é] a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Todavia, conforme assentado no capítulo antecedente, optou-se por seguir uma Teoria Dualista do Processo, o que importa, aqui, na necessidade de esmiuçar a coisa julgada não à luz do processo civil, mas sob a lente do processo penal.

Resvalando por esta senda, percebe-se que a decisão judicial, no processo penal, é revestida pelo manto da coisa julgada (tornando-se, assim, imutável e indiscutível) a partir do momento em que todos os recursos cabíveis foram interpostos e decididos ou, ainda, quando deixaram de ser interpostos¹⁹.

Neste desiderato, “o caso julgado penal tem efeito, única e exclusivamente, negativo: não se poderá, novamente, conhecer daquele mesmo fato da vida julgado

14 NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução de Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jan. 2023.

16 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada & questões prejudiciais**: limites objetivos e subjetivos. Ed única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 281.

17 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 02 jan. 2023.

18 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 03 jan. 2023.

19 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1228.

e imputado ao mesmo indivíduo. [...]. É a qualidade da imutabilidade do comando que emerge da sentença em relação ao fato principal”²⁰.

Uma observação, entretanto, merece ser feita. Trata-se de peculiaridade no que é pertinente à sentença penal absolutória (aquela prevista no artigo 386 do Código de Processo Penal²¹): o artigo 8º, item 4º, do Pacto de São José da Costa Rica²² prevê que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. O pacto em comento, por força do artigo 5º, §3º, da Lei Maior de 88²³, goza de *status* constitucional. Portanto, existe uma vedação constitucional ao rejuízo de caso penal em que tenha sido prolatada sentença absolutória.

À vista do que vem sendo ventilado, resta transparente que a coisa julgada, para além de se vincular à “confiabilidade do Direito”²⁴, por pretender garantir a segurança jurídica, também atua como legítimo instrumento de garantia do acusado, que precisa ver respeitados seus direitos e garantias fundamentais.

3.1 A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PENAL

No âmbito do processo civil, a desconstituição da coisa julgada é viabilizada pelo manejo da ação rescisória, espécie de ação autônoma de impugnação prevista a partir do artigo 966 do Código de Processo Civil, e que deve observar, via de regra,

20 RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 161-162

21 Art. 386 O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - Estar provada a inexistência do fato;

II - Não haver prova da existência do fato;

III - Não constituir o fato infração penal;

IV – Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V- Não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI- Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII- Não existir prova suficiente para sua condenação.

22 BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

23 “§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

24 SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. Ed única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 20.

o prazo decadencial de 2 anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que se pretenda rescindir²⁵.

Sorte diversa assiste ao processo penal: a ação rescisória cede passo à revisão criminal, estando consubstanciada entre os artigos 621 e 631 do Código de Processo Penal²⁶. No escólio de Távora e Rodrigues²⁷,

A demanda revisional tem o objetivo de reexaminar sentença condenatória ou a decisão condenatória proferida por tribunal, que tenha transitado em julgado. Tal demanda tem o condão de excepcionar a coisa julgada em matéria criminal, pelo que só se permite seu ajuizamento quando favor do sentenciado. Não há, assim, revisão criminal *pro societate*, mas tão somente quando seu uso é permitido pelos princípios do *favor rei* e da verdade formada de acordo com as disposições procedimentais, caracterizando-se como demanda para o resgate do *status dignitatis* do acusado.

Dessa definição, é relevante observar que o instituto da coisa julgada, instrumento de garantia que é, apenas pode ser flexibilizado quando se imponha ao réu alguma consequência que lhe seja gravosa. Empregadas outras palavras, apenas é possível, no Brasil, a revisão criminal *pro reo*, e não *pro societate*. Amolda-se, assim, o caso julgado à sua perspectiva de instrumento de garantia, porquanto “não se pode admitir que uma decisão condenatória contaminada por grave erro judiciário- expressão máxima da injustiça- seja mantida pelo simples fato de haver transitado em julgado. Há de se buscar, enfim, o equilíbrio entre a segurança e a Justiça”²⁸.

Com a relativização em comento, franqueia-se o respeito aos direitos fundamentais, que, nos dizeres de Ferrajoli²⁹, correspondem àqueles direitos “cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. [...]. Não são negociáveis e dizem respeito a ‘todos’ em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão”. Assim, mesmo que à primeira vista, possa parecer uma violação da segurança jurídica, o que se dá é o exato contrário: “a revisão criminal acaba por valorizar a coisa julgada, já que o que

25 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 458.

26 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 dez. 2022.

27 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1658.

28 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1897.

29 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Ed única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 727

a sociedade espera é a estabilidade da decisão justa e não a manutenção de pronunciamento judicial caracterizado por erro de fato ou de direito”³⁰.

4. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE COM BASE EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA

Tomando por base o conceito analítico de crime, tem-se que a punibilidade corresponde à consequência de uma ação típica, ilícita e culpável praticada pelo agente³¹. É, pois, “o direito que tem o Estado de aplicar a sanção penal prevista na norma incriminadora, contra quem praticou a infração penal”³².

Sob esta perspectiva, é possível que, após a prática do fato delituoso, ocorram causas que obstem a aplicação (ou execução) da respectiva sanção. Não se dá, pois, a extinção da ação, mas sim do próprio *ius puniendi* estatal. A isso se dá o nome de extinção de punibilidade³³.

Neste desiderato, o artigo 107 do Código Penal, nomeadamente em seu inciso I³⁴, prevê que a morte do agente enseja a extinção de sua punibilidade. Plasmando-se a esta realidade, o artigo 62 do Código de Processo Penal³⁵ enuncia que “no caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”.

Questão tormentosa que se arvora, pois, é a seguinte: o que fazer diante de sentença que declara a extinção da punibilidade com base em certidão de óbito falsa? Duas correntes de pensamento, então, se formaram em torno desta interrogação.

A primeira, adotada por forte coro doutrinário, sustenta o trânsito em julgado da decisão em comento, sob o argumento de que o Código de Processo Penal não admite a revisão criminal *pro societate*, e deve-se respeitar a coisa julgada penal enquanto instrumento de garantia do acusado. Nesse sentido, manifesta-se, *u.g.*, Paulo Rangel³⁶:

30 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1897.

31 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 21 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p. 855.

32 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 383.

33 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 765.

34 BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

35 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

36 RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 289-290.

A sentença absolutória de extinção da punibilidade fundada em certidão de óbito falsa, uma vez transitada em julgado, não poderá ser rescindida e produzirá sim efeitos jurídicos. Cabe ao Estado diligenciar evitando que se declare a extinção da punibilidade de alguém que se encontra vivo. [...]. Do contrário, corre-se um sério risco de ameaça à paz e à tranquilidade social, isto é, a segurança jurídica que tanta se almeja com o caso julgado, se é que se almeja, realmente. [...]. A Constituição é clara: o caso julgado é uma garantia fundamental do indivíduo, constituindo-se em uma cláusula pétrea.

Resta transparente, portanto, que a mencionada vertente privilegia a segurança jurídica, além de caminhar sob os auspícios do garantismo penal.

A segunda corrente, de seu turno, defende que o ato é “inexistente, não passa de ‘forma sem conteúdo’, logo, insuscetível de sofrer os efeitos da coisa julgada. [...]. Dentro desse espírito, encontramos corrente lecionando ser possível o desfazimento da decisão extintiva do direito de punir”. Tal pensamento, a propósito, encontra eco em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se vê, exemplificativamente:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CF. I. - A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II. - Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem tecer novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação. III. - Acórdão devidamente fundamentado. IV. - H.C. indeferido.

(STF - HC: 84525 MG, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 16/11/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 03-12-2004 PP-00050 EMENT VOL-02175-02 PP-00285 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 405-409).

Deflui-se, portanto, que esse viés intelectual privilegia a boa-fé, compreendida tanto em sua acepção subjetiva, enquanto estado psicológico, quanto em sua acepção objetiva, enquanto norma principiológica e regra de conduta³⁷. Nesta toada, como concreção da boa-fé objetiva, erige-se o brocardo latino do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (“ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”), e

37 CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Teoria geral das relações de consumo**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136.

é sobretudo nesta máxima que se ampara a corrente esposada. Afinal, “a lealdade exigida pelo princípio da boa-fé é um dos fundamentos da coisa julgada”³⁸.

Dada a maior complexidade que permeia este pensamento, não se mostra descabido esmiuçá-la um pouco mais.

Pois bem. À guisa de introdução, afigura-se curial entender, ainda que em linhas gerais, a teoria do fato jurídico. Sobre isso, elucida Mário Aguiar Moura³⁹:

Se o acontecimento de todo prescinde da ação do homem, porque o suporte fático contemplado no Direito objetivo se compõe apenas de acontecimentos produzidos pela natureza, ou, ainda, se havendo ação humana, situada como causa eficiente da produção do evento, este se conclui por obra das forças orgânicas naturais (v.g.: a morte por homicídio, a concepção do ser humano), ter-se-á a primeira entidade específica, a saber, o fato jurídico *stricto sensu*. O que resta da exclusão do fato jurídico *stricto sensu* do gênero *lato sensu* vai sempre depender da ação humana.

Dessume-se, pois, que fato jurídico, em sentido estrito, concerne a um episódio fático que represente algum interesse ao Direito. Quando enxergado sob um sentido amplo, compreende os atos jurídicos, que se trata de um “fato jurídico com elemento volitivo e conteúdo lícito”⁴⁰.

Neste passo, costuma-se enxergar o fato jurídico por três lentes, a saber, da existência, da validade e da eficácia. Para fins de desenvolvimento deste artigo, colocar-se-á sobre enfoque, por ora, a primeira lente.

Destarte, especificamente sobre o referido plano da existência, preleciona Humberto Theodoro Jr.⁴¹: “O ato antes de ser encarado como ato jurídico deve existir como realidade material, isto é, como conjunto de dados fáticos que correspondem ao tipo jurídico (*fattispecie*). Se nem ao menos esses dados mínimos de natureza ocorreram, [...], o caso é de inexistência”. Nessa ordem de ideias, a inexistência figura no plano do ser, e em se estando incompleto o fato típico, não há falar em nulidade ou ineficácia: o fato jurídico simplesmente não existe⁴².

38 MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 205

39 MOURA, Mário Aguiar. O contrato em face da sistematização do fato jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

40 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 9 ed. São Paulo: Método, 2019, p. 197.

41 THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 331.

42 THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 332.

Retomando o caso em exame, qual seja, o da certidão de óbito falsa, aduz-se que a sentença que julga extinta a punibilidade é de natureza declaratória. Trocando em miúdos, o que enseja a extinção da punibilidade é não a decisão judicial, mas o evento morte. Desta feita, “a sentença incidiu sobre o fato morte e se este não existiu não pode produzir seus regulares efeitos sobre o nada. Não há ofensa ao caso julgado”⁴³.

Demais disso, convém salientar que esta corrente de pensamento rechaça a ideia de que exista, na hipótese, revisão criminal *pro societate*. Esclarecedoras são as palavras de Renato Brasileiro Lima⁴⁴, para quem “não há falar em revisão criminal *pro societate* quando se verificar que, no julgamento originário, o processo [...] tenha sido conduzido de modo a subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal. Afinal, [...], ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”.

É possível estabelecer um paralelo, ainda, com os limites objetivos da coisa julgada, é dizer, sobre quais fatos recai a *res judicata*. O parágrafo 2º do artigo 110 do Código de Processo Penal⁴⁵ consigna que “a exceção da coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”. No escólio de Rangel⁴⁶, “deve-se entender como fato principal o fato naturalístico, o fato da vida ocorrido no mundo dos homens. [...]. O evento naturalístico que se deu no mundo concreto, ontológico, real ocorrido na vida”. Ora, se a sentença recai sobre uma morte que não existiu, como sustentar que produza efeitos?

A despeito das duas correntes acima analisadas, pensa-se que um terceiro caminho pode ser seguido. Para tanto, deve-se perscrutar a sentença em comento não pelo plano da existência, mas da validade. Não se trata mais de discutir se o ato judicial existe ou não. Proceda-se, isso sim, à busca em torno de sua perfeição, de tal sorte que, diante de vício que o invalide, surja nulidade, o que importa dizer que “o evento defeituoso se apresenta como fato simples (existente), mas não como ato

43 RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012, p. 289.

44 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1903.

45 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

46 RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012, p. 195.

jurídico”⁴⁷. Afinal, “convém sublinhar uma noção fundamental: a nulidade nasce sempre da violação da lei”⁴⁸.

Ante esse entendimento, a sentença produz efeitos (diversamente do que ocorre com o reconhecimento da sua inexistência), mas provisórios. É imprescindível, por via das consequências, que haja a pronúncia da nulidade pelo juiz⁴⁹. No processo penal, parece possível, à hipótese, suscitar o incidente de falsidade documental, que tem seus contornos delineados entre os artigos 145 e 148 do Código Processual⁵⁰. Cuida, em verdade, de incidente processual que “tem a finalidade de retirar dos autos o documento sob o qual recai suspeita quanto a sua seriedade e sinceridade- evitando que o juiz seja levado a ‘cometer erro, com graves prejuízos para a administração da Justiça”⁵¹. Desta feita, como efeito do incidente, será reconhecida a nulidade absoluta do ato processual que ora admitiu o documento falso, “acompanhado de decreto de invalidação, com supressão do efeito inclusivo da prova ilícita”⁵².

Por via das consequências, ao se cancelar este viés intelectual, permite-se que o magistrado, inclusive de ofício, conforme previsto no artigo 147 do CPP, proceda à verificação da falsidade, velando pela higidez do sistema jurídico-penal. Demais, de bom alvitre observar que, consoante artigo subsequente, “qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil”⁵³. Empregadas outras palavras, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues⁵⁴ esclarecem: “Haverá reconhecimento de nulidade absoluta do ato processual que admitiu

47 THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 332-333.

48 FERREIRA, José do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

49 CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Diferença entre nulidade e inexistência em face ao Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

50 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

51 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 580

52 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 582.

53 BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 29 jul. 2024.

54 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 582.

o documento, acompanhado de decreto de invalidação, com supressão do efeito inclusivo da prova ilícita. Por consequência, ela deve ser excluída dos autos”.

Dessa exclusão resulta que os atos subsequentes (e dele dependentes, a toda evidência, por uma questão de economia processual) devem ficar sem efeito, de compasso com o artigo 281 do CPC⁵⁵. Trata-se, com estribo nas preleções de Daniel Neves⁵⁶, do efeito expansivo das nulidades, e que pressupõe “que entre os atos exista alguma relação de subordinação, sendo possível imaginar uma situação em que os atos, apesar de subsequentes, não sejam atingidos pela anulação de um ato processual anterior”. Sob esta perspectiva, é hialino que a sentença prolatada com base em certidão de óbito falsa resta sem efeito, devendo ser prolatada outra em seu lugar, atentando-se à realidade fática.

Esse, deveras, parece o melhor caminho a ser tutelado, na medida em que não há, como mencionado outrora, vulneração à segurança jurídica: “o que a sociedade espera é a estabilidade da decisão justa e não a manutenção de pronunciamento judicial caracterizado por erro de fato ou de direito”⁵⁷. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se tutela a segurança jurídica, prestigia-se a boa-fé, inviabilizando que o acusado se beneficie de sua própria torpeza, como assevera o vetusto brocardo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram em torno da sentença declaratória de extinção de punibilidade com base em certidão de óbito falsa: forma-se ou não coisa julgada?

Para tanto, no primeiro capítulo, mostrou-se tempestivo estabelecer premissas metodológicas, sobretudo com ênfase na superação da ideia de uma Teoria Geral Unitária do Processo. A partir disso, possibilita-se enxergar o processo penal a partir dos contornos que lhe são inerentes.

Posteriormente, julgou-se imperativo assentar o conceito de coisa julgada, mormente sob a lente processual penal. Viu-se, então, que “a partir do momento em que não for mais cabível qualquer recurso ou tendo ocorrido o exaurimento das vias recursais, a decisão transita em julgado”⁵⁸. Demais, ainda no mesmo capítulo,

55 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 29 jul. 2024.

56 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 485.

57 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1897.

58 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1228.

discorreu-se um pouco acerca da relativização da *res judicata*, que é viabilizada pelo manejo da revisão criminal.

Chegou-se, enfim, à questão que impulsionou este artigo, repise-se, a decisão que julga extinta a punibilidade com base em certidão de óbito forjada. Existe um conflito, portanto, entre segurança jurídica e boa-fé. Com base nisso, defendeu-se que a solução mais adequada não diz respeito à inexistência de sentença e tampouco ao trânsito em julgado, mas sim ao reconhecimento da nulidade da mencionada decisão. Desta feita, impõe-se a necessidade de instauração de incidente de falsidade documental. Obsta-se, assim, a possibilidade de que um comportamento de má-fé seja chancelado, o que corresponderia a um flagrante desrespeito às vigas medulares do nosso Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jan. 2023.
- _____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.
- _____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Ed única. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Servanda, 2015.
- _____. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1950.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Diferença entre nulidade e inexistência em face ao Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada & questões prejudiciais**: limites objetivos e subjetivos. Ed única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CRUZ, Guilherme Ferreira da. **Teoria geral das relações de consumo**. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Ed única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, José do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 21 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.
- LARA PEINADO, Federico. **Código de Hammurabi**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 1992.

- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.I], v.1, n. 1, 2015, pp. 230-238. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/13>. Acesso em: 27 dez. 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MOURA, Mário Aguiar. O contrato em face da sistematização do fato jurídico. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. Tradução de Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Revista Thesis**, São Paulo. V. 8, pp. 39-70, 2007.
- RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. Ed única. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. **A nova dimensão da coisa julgada**. Ed única. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 9 ed. São Paulo: Método, 2019.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- THEODORO JR., Humberto. Lesão e fraude contra credores no projeto de novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais do Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL E ESPANHA: ABORTO EM PERSPECTIVA COMPARADA

REPRODUCTIVE RIGHTS IN BRAZIL AND SPAIN: A
COMPARATIVE PERSPECTIVE ON ABORTION.

Júlia Frade¹

RESUMO: O presente trabalho aborda a questão do aborto no Brasil a partir de uma perspectiva comparada com a Espanha, observadas as diferenças sociais e institucionais, jurídicas e políticas, permitindo-se uma observação comparativa por contraste. A partir de uma abordagem qualitativa, foi realizada uma pesquisa exploratória de natureza documental na legislação, doutrina e jurisprudência de cada país. No caso espanhol, observou-se dois principais momentos normativos: a descriminalização de alguns casos em 1985 e a regulamentação mais abrangente em 2010 que legalizou o aborto voluntário até a 14^a semana. O Brasil, por sua vez, proíbe a prática do aborto consentido, excetuando-se apenas três casos: existência de risco de vida para a gestante, gravidez advinda de estupro ou fetos com anencefalia (introduzido pela ADPF 54). Com isso, foi possível observar a articulação entre diferentes tipos de discursos (jurídicos, médicos etc.) em processos sistemáticos de justificação de violações a garantias constitucionais aos/às: direitos sexuais e reprodutivos femininos, autonomia da mulher, integridade física e psíquica da gestante, igualdade de gênero. Diante disto, no que pertine ao caso Brasileiro, reforça-se a centralidade do Supremo Tribunal Federal no debate ainda em curso no país sobre a constitucionalização do direito ao aborto e possíveis desdobramentos em diferentes esferas sociais. Assim, apesar das diferenças sociais e políticas dos países analisados, concluiu-se que o aborto, enquanto fenômeno social, gera impactos ainda não calculados, potencialmente severos, na saúde pública e na esfera individual das mulheres impactadas pela não legalização prática no Brasil. O complexo cenário sociocultural presente na realidade brasileira, somado ao difícil acesso a dados sobre a prática, impede que o debate seja realizado com laços fidedignos à real situação do país, dificultando a formulação de políticas públicas eficazes.

1 Advogada formada pela Universidade de Brasília, Associate Editor do International Review of Constitutional Report e Coordenadora do Centro de Estudos Constitucionais Comparados; ii) Universidade de Brasília; iii) residente no Distrito Federal; iv) email: juliaqfrade@gmail.com; v) Artigo adaptado de PIBIC 2021, sob orientação do Prof. Juliano Zaiden.

Palavras-chave: Direitos Reprodutivos; Direito Comparado; Aborto; Brasil; Espanha;

ABSTRACT: The paper explores the issue of abortion in Brazil from a comparative perspective with Spain, considering the social, institutional, legal, and political differences. The study employs a qualitative approach and involves exploratory documentary research into the legislation, doctrine, and jurisprudence of both countries. Spain had two key regulatory moments: the decriminalization of certain cases in 1985 and broader regulation in 2010 that legalized voluntary abortion up to the 14th week. In Brazil, however, abortion is generally illegal, except in cases where the mother's life is at risk, in pregnancies resulting from rape, or in cases of fetal anencephaly (as established by ADPF 54). The analysis reveals how various discourses (legal, medical, and others) systematically justify violations of constitutional guarantees related to women's sexual and reproductive rights, autonomy, physical and mental integrity, and gender equality. The paper underscores the central role of the Supreme Court in Brazil's ongoing debate on the constitutionalization of abortion rights and the potential ripple effects in various social spheres. Despite the social and political differences between Brazil and Spain, the paper concludes that abortion as a social phenomenon can have significant, yet immeasurable, impacts on public health and individual women's lives due to the practical illegality of abortion in Brazil. Brazil's complex sociocultural context, along with the limited access to reliable data on abortion practices, hampers meaningful debate and complicates the formulation of effective public policies. Thus, the discussion around reproductive rights in Brazil remains challenging and highlights the need for a more open and informed approach.

Keywords: Reproductive Rights; Comparative Law; Abortion; Brazil; Spain.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade sexual e reprodutiva feminina é uma das principais pautas do movimento feminista, de maneira que a interrupção voluntária da gravidez, historicamente criminalizada, tem um papel central por ser entendida como um direito à autodeterminação da mulher sobre seu corpo e também um problema de saúde pública.

Retomando a história da prática e da sua criminalização, é importante notar que o aborto é muito mais antigo que o feminismo e está presente em todas as épocas e culturas, com os mais diversos sentidos, métodos e significados². Em verdade, as discussões sobre o tema no Ocidente passaram por um marco divisório no século XVIII a partir da Revolução Francesa, quando se começou a privilegiar o feto ao enxergá-lo como um futuro trabalhador e não mais apenas como um apêndice do corpo da gestante³. Posteriormente, já no século XX, o aborto passou a ser criminalizado em alguns países da Europa, principalmente em razão da queda populacional após a Primeira Guerra Mundial, com destaque para a França⁴. O mesmo fenômeno se deu com a ascensão do nazifascismo, considerando-o como um crime contra a nação e mantendo-se assim em muitos países europeus até a década de 60⁵.

Nesse contexto, a Espanha, se destaca por um movimento contrário, ainda na época da II República, em 1936, quando foi aprovado o “*Decreto de Interrupción Artificial del Embarazo*” apenas na Catalunha e que previa: o aborto livre até a 12ª semana de gestação ou, passado esse período, apenas justificado por causas terapêuticas⁶. Porém, após a guerra civil e com a ascensão do fascismo na ditadura Franquista, em 1941 foi outorgada uma lei que visava proibir todo aborto que não fosse espontâneo, bem como o que chamavam de *propaganda anticoncepcionista*⁷. Apenas com a *Ley Orgánica 9/1985*, o aborto voltou a ser permitido, porém restrito aos casos em que houvesse estupro, risco à saúde da mãe, ou em caso de grave malfor-

2 REBOUÇAS, Melina Séfora Souza e DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não Nascer: Algumas Reflexões Fenomenológico-Existenciais sobre a História do Aborto. In: **Psicologia em Estudo**, v. 16, n. 3. Maringá: UEM, 2016. P. 419-428.

3 Idem.

4 Idem.

5 Idem.

6 GÉRVAS, Juan. **Historia del aborto en España**: el Decreto de la Generalitat de Cataluña, 1936. Acta Sanitaria, 2016. Disponível em: <<https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936/>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

7 ESPANHA. **Ley de 24 de enero de 1941**. Para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/033/A00768-00770.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

mação fetal, respeitado o limite temporal⁸. Em 2010, foi promulgada a *Ley Orgánica 2/2010*, uma legislação mais permissiva, abrangente e detalhada sobre o tema, um importante avanço para o movimento feminista no país⁹.

O Brasil, por sua vez, proíbe expressamente o aborto desde o Código Penal de 1830, punindo qualquer pessoa que o ocasionasse ou fornecesse meios para produzi-lo¹⁰. Em 1890, a mulher que o realizasse em si mesma passou a ser punida, com redução da pena caso cometido para ocultar desonra própria¹¹, nítida a influência dos ideais católicos que pregavam os bons costumes da família e dos cidadãos, especialmente das mães, por serem a base da família cristã¹². Outrossim, a prática encontra-se atualmente proibido pelo Código Penal de 1940, exceptuados apenas três casos: existência de risco de vida para a gestante, gravidez advinda de estupro ou feto com anencefalia (introduzido este último por decisão do STF em 2012).

Em ambos os países, todavia, existem fortes movimentos conservadores que defendem a sua criminalização ou maior restrição, motivados muitas vezes por questões éticas e religiosas. No Brasil, uma pesquisa do Datafolha de 2018 mostrou que 59% dos entrevistados eram contrários a modificações na lei atual do aborto e 58% acreditavam que a mulher deveria ser processada e ir para a cadeia caso cometesse um crime de aborto¹³. Enquanto em Madrid, em dezembro de 2020, o partido conservador de direita Vox levou para a votação proposta de lei que pretendia restringir o aborto de fetos com alguma deficiência detectável para o mesmo prazo de

8 ESPANHA. **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de 1985**. Reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>>. Acesso em: 06 de maio de 2024. Acesso em: 06 de maio de 2024.

9 ESPANHA. **Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de 2010**. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

10 BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

11 BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

12 REBOUÇAS, Melina Séfora Souza e DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não Nascer: Algumas Reflexões Fenomenológico-Existenciais sobre a História do Aborto. In: **Psicologia em Estudo**, v. 16, n. 3. Maringá: UEM, 2016. P. 419-428.

13 PESQUISA Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. **G1**, São Paulo, 22 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

fetos sem deficiência, projeto que foi recusado com forte resistência da esquerda em votação na assembleia¹⁴.

Diante disso, o tema escolhido é extremamente atual e relevante para compreender a questão do aborto, comparando as distintas visões às experiências jurídicas e sociais dos países selecionados, numa tentativa de entender como é possível lidar institucionalmente com um assunto tão polêmico, sem esquecer-nos da sua relação intrínseca com os direitos humanos e constitucionais.

2. ESPANHA

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1.1 O “DECRETO DE INTERRUPCIÓN ARTIFICIAL DEL EMBARAZO” DA CATALUNHA

Publicado na Catalunha em 1937, o decreto tinha validade apenas no território da província e foi considerado a legislação mais progressista no tema do aborto naquela época, sendo possível em razão da democracia instaurada no país desde 1931 e do crescimento dos movimentos sociais e anarquistas¹⁵. Tal decreto permitia, até a 12ª semana, o aborto sob justificativas: “terapêuticas, eugênicas e éticas”¹⁶ e, após esse prazo, apenas para fins terapêuticos¹⁷.

Félix Martí Ibáñez foi o médico geneticista responsável pela medida e nota-se por seu discurso que, além privilegiar os interesses dos movimentos sociais como evitar a morte de mulheres por abortos ilegais, aumentar o seu poder de escolha e até mesmo promover a emancipação do proletariado defendida pelos anarquistas, o decreto teve claros objetivos eugenistas e neomalthusianos tanto na limitação da natalidade, quanto no controle do crescimento populacional¹⁸. Sua aplicação, toda-

14 IZQUIERDA y Cs reprochan a Vox usar la discapacidad para eliminar el aborto. **La Vanguardia**, Madri, 3 de dec. de 2020. Disponível em: <<https://www.lavanguardia.com/vida/20201203/49859602303/izquierda-y-cs-reprochan-a-vox-usar-la-discapacidad-para-eliminar-el-aborto.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

15 GÉRVAS, Juan. **Historia del aborto en España**: el Decreto de la Generalitat de Cataluña, 1936. Acta Sanitaria, 2016. Disponível em: <<https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936/>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

16 NAVARRO-VALLS, Rafael. **La Objecion de Conciencia al Aborto**: Derecho Comparado y Derecho Español. In: ADEE, vol. II, 1986. Disponível em: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-1986-10025700310_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESIASTICO_La_objeci%C3%B3n_de_conciencia_al_aborto:_Derecho_comparado_y_Derecho_espa%C3%B1ol>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

17 CAMPELO, Patricia. **La Segunda República despenalizó el aborto con la ley más avanzada de Europa**. Público, 2014. Disponível em: <<https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenaliza-aborto-ley.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

18 GÉRVAS, Juan. **Historia del aborto en España**: el Decreto de la Generalitat de Cataluña, 1936. Acta Sanitaria, 2016. Disponível em: <<https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de>>

via, não foi tão exitosa, de maneira que apenas 5% dos abortos registrados durante o período que esteve vigente foram realizados com a aplicação do dispositivo¹⁹.

Após a guerra civil e com a ascensão do fascismo na ditadura Franquista, em 1941 foi outorgada uma lei que visava proibir todo aborto que não fosse espontâneo, bem como o que chamavam de *propaganda anticoncepcionista*²⁰.

2. 1. 2 A “LEY ORGÁNICA 9/1985”

Fruto de uma proposta do *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE), a *Ley Orgánica 9/1985* modificou o art. 417 bis do Código Penal Espanhol para descriminalizar a prática do aborto sob três justificativas, desde que realizadas por um médico, em centro especializado e com o consentimento expresso da gestante: i) terapêutica, necessária para evitar risco à vida ou à saúde física e psíquica da gestante; ii) ética (ou criminológica), aplicável às gravidezes resultantes dos delitos de estupro, até a 12ª semana; e iii) eugênica, quando for possível detectar graves deficiências físicas ou psíquicas no feto²¹.

2. 2 LEGISLAÇÃO ATUAL ESPANHOLA

2. 2. 1 A “LEY ORGÁNICA 2/2010”

A *Ley de Aborto*, como é conhecida popularmente, é o dispositivo legal que trata atualmente da interrupção voluntária da gravidez na Espanha, mais especificamente nos seus arts. 12 a 23, Título II²².

Seu preâmbulo cita como principais objetivos e influências a adequação da legislação espanhola às recomendações da comunidade internacional (a Resolução 34/180 da ONU, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, a Resolução 2001/2128 da União Europeia e até mesmo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 da ONU), bem como uma necessidade de garantir maior segurança jurídica após a reforma do Código Penal em 1985, que gerou uma

la-generalitat-de-cataluna-1936/>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

19 Idem.

20 ESPANHA. **Ley de 24 de enero de 1941**. Para la protección de la natalidad contra el aborto y la propaganda anticoncepcionista. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/033/A00768-00770.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

21 ESPANHA. **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de 1985**. Reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>>. Acesso em: 06 de maio de 2024. Acesso em: 06 de maio de 2024.

22 ESPANHA. **Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de 2010**. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

série de dúvidas sobre seus limites e a sua aplicação após descriminalizar o aborto em alguns casos²³. Nesse sentido, seu primeiro artigo coloca como objetivo da lei “garantir os direitos fundamentais no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, regular as condições da interrupção voluntária da gravidez e estabelecer as obrigações dos poderes públicos”²⁴.

Ademais, os requisitos para a interrupção voluntária da gravidez presentes no dispositivo são: i) que seja praticado por médico especialista em um centro de saúde de saúde credenciado; ii) seja realizado dentro das primeiras 14 semanas, desde que a mulher seja informada dos seus direitos e políticas públicas de apoio à maternidade, presentes no art. 17, apartados 2 e 4 da mesma lei, e tenha passado pelo menos três dias desde o conhecimento até a intervenção; iii) excepcionalmente, poderá ser interrompido por causas médicas desde que não ultrapasse 22 semanas ou cause grave risco de vida à mãe ou a existência de graves anomalias ao feto.²⁵

Além disso, apontam como direitos acessórios, a garantia ao acesso pelo serviço público de saúde (art. 18), proteção da intimidade e confidencialidade (art. 20) e o regime de tratamento dos dados coletados (arts. 21 a 23)²⁶. Permite-se também a objeção de consciência oferecida aos médicos que se recusarem a realizar o procedimento (art. 19.2)²⁷.

2. 2. 2 CRIMES DE ABORTO NA ESPANHA

Além dos casos narrados acima, importante informar que o aborto permanece criminalizado no país para proteger a vida do nascituro e a integridade física da gestante, estando presente no Título II do Livro II, denominado *del aborto*, modificado pela última vez com lei de 2010²⁸.

Desse modo, são crimes: i) produzir aborto em uma mulher sem o seu consentimento ou com violência, ameaça ou manipulação (*engaño*), punido com pena de quatro a oito anos e perda de qualificação para exercer qualquer profissão sanitária (art. 144); ii) realizar aborto com o consentimento da mulher ou realiza-lo em si própria fora dos limites legais, com pena de um a seis anos, aumentada pela metade se ocorrer após a 22^a semana, e perda da qualificação profissional sanitária (art.

23 Idem.

24 Idem.

25 Idem.

26 Idem.

27 Idem.

28 ESPANHA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**. Del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

145); iii) quando se pratique um aborto dentro da lei, mas sem comprovar o recebimento das informações necessárias sobre seus direitos, sem transcorrer o prazo de espera, sem que haja os pareceres médicos obrigatórios, fora de centro credenciado, aplicando-se pena de seis meses a dois anos (art. 145 bis); iv) quando ocasionar um aborto por imprudência grave, com pena de prisão de três a cinco meses ou multa (art. 146).²⁹

3. BRASIL

3. 1 CONTEXTO HISTÓRICO

3. 3. 1 CÓDIGO CRIMINAL DE 1830

O primeiro código penal que tratou do aborto como crime no Brasil é o de 1830³⁰, outorgado ainda no império, dispunha do aborto na sua “Secção II - Infanticídio”, o qual punia com prisão de um a cinco anos aquele causar aborto por qualquer meio com o consentimento da gestante (art. 199), dobradas as penas caso cometido sem dito consentimento³¹. Ademais, criminalizou o fornecimento de drogas ou qualquer outro meio para o aborto, ainda que ele não se verificasse (art. 200), dobradas as penas caso cometido por médico, boticário, cirurgião ou outro profissional da saúde³². Acrescenta-se que todas as citadas penas de prisão eram culminadas com trabalho forçado.

Note ainda que não está tipificada a conduta da mulher que aborta, apenas aquela que mata o filho recém-nascido para ocultar desonra (art. 198)³³.

3. 3. 2 CÓDIGO PENAL DE 1890

Apenas no Código de 1890, na primeira república, passou-se a punir a mulher que realiza seu próprio aborto (art. 301, parágrafo único), com alguns atenuantes como a ocultação de desonra própria. Ademais, provocar aborto com ou sem a expulsão do feto, penas de dois a seis anos no primeiro caso e pena de seis meses a um ano no outro (art. 300), bem como fazê-lo com a anuência da gestante, pena

29 Idem.

30 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 a 154-B), v. 2. São Paulo: SaraivaJur, 22^a ed. 2022.

31 BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

32 Idem.

33 Idem.

de um a cinco anos (art. 301), permaneceram descritos no capítulo sobre o aborto (Capítulo IV).³⁴

3. 2 LEGISLAÇÃO ATUAL BRASILEIRA E SUA APLICAÇÃO

3. 2. 1 CRIMES DE ABORTO (CÓDIGO PENAL DE 1940)

Segundo o Código Penal brasileiro, o aborto se inclui no capítulo dos crimes contra a vida se divide em: i) aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124); ii) aborto provocado por terceiro com ou sem consentimento da gestante (arts. 125 e 126), aos quais é aplicável a forma qualificada do art. 127; iii) aborto preterdoloso, entendido como produto de lesão corporal gravíssima quando essa for dolosa (art. 129, § 2º, V).³⁵ Além disso, anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto é considerado uma contravenção penal nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 3.688/1941.

O presente trabalho se enfocará nos crimes dos arts. 124 e 126 do Código Penal, por serem realizados com o válido consentimento da gestante e, independentemente das semanas de gestação, são expressamente proibidos. Outrossim, ambos têm como bem jurídico protegido apenas a vida do nascituro, por não ocasionarem outros danos à gestante, de modo que contam com penas menores que os outros tipos, cabível inclusive a suspensão condicional do processo devido à pena mínima cominada quando cumpridos os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95³⁶.

3. 2. 2 ABORTO LEGAL

Por sua vez, o art. 128 do mesmo Código traz as hipóteses em que a interrupção intencional da gravidez seria atípica. O aborto legal, portanto, ocorre quando: i) há o risco iminente à vida da gestante (“aborto necessário”, inciso I do art. 128); e ii) a gravidez é resultante de estupro (inciso II do art. 128).

No primeiro caso, também conhecido como aborto terapêutico, é necessário o preenchimento de três condições, quais sejam: i) que ele realizado por médico; caso seja realizado outro profissional habilitado ou a própria gestante, a proteção se dará apenas pela aplicação da discriminante do estado de necessidade (art. 24); ii) o perigo de vida, não bastando perigo à saúde da mãe; iii) a impossibilidade do uso de

34 BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

35 BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024

36 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 ao 361). 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

outro meio para salvá-la, podendo o médico responder pelo crime do art. 125 caso realizado havendo outro meio viável.³⁷

Já na segunda hipótese, também chamada de aborto sentimental ou ético, sua principal justificativa é o tamanho sofrimento que seria imposto à vítima de violência sexual ao manter uma gravidez que pudesse relembrá-la da agressão³⁸. Importante notar que ela deve ser realizada por médico e com o consentimento da gestante ou do seu representante legal. Quanto à prova do estupro, não é necessária sentença condenatória ou até mesmo processo criminal, devendo o médico procurar certificar-se por meio de inquérito ou ocorrência policial ou até mesmo outros meios e diligências pessoais antes de realizá-lo³⁹.

Em 2020, o Ministério da Saúde editou as Portarias nº 2.282/2020 e 2.561/2020, de conteúdo similar, modificando os procedimentos de justificação e autorização da interrupção da gravidez antes previstos em outra portaria de 2005⁴⁰. Agora, há um processo de quatro fases para a aprovação da interrupção: i) Termo de Relato Circunstanciado, realizado pela própria gestante perante dois profissionais de saúde e conterá: local, dia e hora aproximada do fato, tipo e forma de violência, descrição dos agentes da conduta, se possível, e identificação de testemunhas, se houver (art. 2, parágrafo único); ii) Parecer Técnico do médico responsável após anamnese, exame físico geral, exame ginecológico, avaliação do laudo ultrassonográfico e demais exames (art. 3º); iii) assinatura da gestante, ou de seu representante legal, do Termo de Responsabilidade (art. 4º); iv) assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

Além disso, a portaria, em seu art. 7º, impôs ao médico responsável a obrigação de comunicar o fato à autoridade policial responsável e preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues à autoridade policial, sob a justificativa de ser pública e incondicionada a ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável.

37 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial (arts. 121 ao 361). 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 109.

38 Idem, p. 109.

39 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial (arts. 121 a 154-B), v. 2. São Paulo: SaraivaJur, 22ª ed. 2022.

40 MINISTÉRIO da Saúde atualiza portaria que trata de procedimentos para interrupção de gravidez no SUS. **IBDFAM**, Brasília, 31 de ago. de 2020. Disponível em: <https://rb.gy/nbsdr7>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

3. 2. 3 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Ademais, instado a se manifestar sobre o tema, o STF decidiu na ADPF 54 pela inconstitucionalidade da interpretação que inclui os abortos realizados em fetos anencefálicos como conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II⁴¹.

Isso porque, segundo o voto vencedor do Min. Marco Aurélio, relator do caso, a anencefalia impede a vida extrauterina, carecendo de bem jurídico a ser protegido pela ausência de vida potencial, não sendo possível impor o sofrimento de manter a gestação à mulher, especialmente em um estado laico que deve reger-se por seus próprios princípios e não por valores religiosos. Assim, o STF entendeu que não se configura aborto a antecipação do parto de feto anencefálico, expandindo-se a interpretação a outras enfermidades que inviabilizem completamente a vida.⁴²

A votação, todavia, não foi unânime e cabe ressaltar alguns argumentos utilizados pelos dois ministros que se opuseram. O Min. Lewandowski alegou principalmente que uma decisão que permitisse a interrupção da gravidez seria ultrapassar os limites da interpretação conforme à constituição, tomando para o judiciário poderes dedicados exclusivamente ao legislativo. O Min. Cezar Peluso, por sua vez, argumentou que os fetos anencefálicos possuem parte do encéfalo e que não pode ser feita analogia com a morte encefálica, considerada para a doação de órgãos, por ser essa puramente operacional para salvar vidas, mesmo intuito do aborto terapêutico já permitido.⁴³

Dessarte, a ADI 5.581/DF, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), visava dar interpretação conforme à constituição aos §§ 2º e 3º do art. 18 da Lei n. 13.301/2016 para que, além de outros pedidos, fosse permitida a interrupção da gravidez àquelas mulheres contaminadas pelo Zika vírus em razão da epidemia da doença que causa microcefalia⁴⁴. O plenário do STF, entretanto, julgou prejudicada a ADI pela ilegitimidade passiva da associação, ao inexistir nexo de afinidade entre os objetivos institucionais e o conteúdo da norma impugnada⁴⁵.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Marco Aurélio - Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 abr. 2012.

42 Idem.

43 Idem.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581/DF. Relatora: Cármen Lúcia - Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 maio 2020.

45 Idem.

Por fim, está aguardando julgamento no STF a ADPF 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a qual questiona a legitimidade da criminalização do aborto induzido e voluntário, uma vez que violariam os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição à tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º).

Embora ainda não haja um acórdão, foi realizada audiência pública em 2018 contando com a participação das mais diversas entidades defendendo diferentes posicionamentos. Outrossim, foram juntadas aos autos as manifestações da Presidência da República, da Câmara e do Senado Federal, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República, todas contrárias aos pleitos da inicial.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto até aqui, é importante relacionar as diferentes abordagens jurídicas dadas a um tema tão delicado aos contextos dos dois países estudados e alguns impactos disso nos dados apresentados por eles.

No contexto espanhol, é notável a influência da política externa do país na decisão de legalizar o aborto voluntário, como bem apontado pelo próprio preâmbulo da *Ley Orgánica 2/2010* que cita desde acordos internacionais até resoluções da União Europeia sobre direitos reprodutivos feminino⁴⁶, revelando a forte influência do bloco nas esferas políticas, econômicas e jurídicas do país. Além disso, há uma forte adesão da população à causa, de modo a colocá-lo como o quinto país mais favorável ao aborto dentre 27 países analisados pela *Global Views on Abortion da Ipsos* (2021), chegando a 59% dos entrevistados que acreditavam que o aborto deveria ser permitido sempre que a mulher desejasse realizá-lo e 22% na descriminalização apenas em situações específicas como em caso de estupro⁴⁷.

Quando analisado pela mesma pesquisa, o Brasil teve índices de 31% e 33% de aprovação respectivamente, demonstrando uma adesão significativamente menor⁴⁸. É feita uma ressalva ao final do relatório, todavia, de que esses índices cor-

46 ESPANHA. **Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de 2010**. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

47 SUPPORT for legal status of abortion growing in Latin America while softening in Western Europe. In: **IPSOS**, 17 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.ipsos.com/en/global-views-abortion-2021>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

48 Idem.

respondem a uma amostra mais urbana, educada e mais conectada da população brasileira⁴⁹. Soma-se a isso a ausência de um bloco econômico com tanta influência política quanto a União Europeia e uma forte pressão de grupos religiosos e conservadores, tornando o debate acerca do tema tão delicado e até mesmo “socialmente proibido”.

Tem-se como resultado direto dessa rejeição e exacerbada polarização a dificuldade de debater e aprovar projetos de lei sobre a prática, bem como uma resposta social muitas vezes drástica aos abortos que já são legais. Um exemplo bastante ilustrativo, ocorrido em agosto de 2020, é o caso da menina de dez anos que, ao tentar realizar interrupção da gravidez judicialmente autorizada no Recife, após ter o pedido negado por hospital no Espírito Santo, gerou uma grande mobilização social no intuito de impedi-la, com protestos na porta do centro clínico e até mesmo a divulgação de dados pessoais sensíveis como nome e endereço da menor de idade⁵⁰. Além disso, o protagonismo da atuação do STF no trato do tema com as ADPF 54, ADI 5.581 e a ADPF 442, demonstram certa inércia das casas legislativas na regulação do tema.

Tal discrepância na forma de lidar com o tema, ao proibir ou regular, tem uma influência direta nos dados disponíveis de cada país. Enquanto na Espanha há uma transparência notável na sua divulgação que nos permite dizer que em 2020 foram realizadas 88.269 interrupções voluntárias da gravidez⁵¹, no Brasil o cenário é bastante diferente. Apenas no primeiro semestre de 2020, o SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos, dentre eles abortos espontâneos e de origem incerta, contra os 1.024 abortos legais realizados em todo o país⁵². Além disso, a Pesquisa Nacional de Aborto realizada pela Professora Débora Diniz e publicada em 2017⁵³ chegou à alarmante estimativa de 503 mil abortos realizados em 2015,

49 Idem.

50 GIMENEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital**. El País, São Paulo, 16 de ago. de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

51 ESPANHA. **Datos Estadísticos**: Tabla 1. *Ministerio de la Sanidad*, Madrid. Disponível em: <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

52 ACAYABA, Cíntia e FIGUEIREDO, Patrícia. **SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020**. G1, São Paulo, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

53 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa nacional de aborto 2016**. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017.

após aplicar a taxa de aborto no ano anterior, inferida por meio das entrevistas realizadas, ao número estimado de mulheres de 18 a 36 anos no Brasil à época.

Apesar dos avanços obtidos no campo jurídico com a ADI nº 3.510, a ADPF nº 54 e o HC nº 124.306, a discussão sobre aborto parece ter parado no Congresso. Ao analisar os Projetos de Lei (PL) propostos em 2022 no site da Câmara dos Deputados usando a palavra-chave “aborto”, fica claro que 80% desses projetos relacionados a aborto legal, crimes associados ou mudanças nas penas, buscam restringir os direitos reprodutivos. No entanto, observa-se também uma maioria de projetos de lei (60%) que ampliam outros direitos reprodutivos. Isso mostra que o aborto voluntário enfrenta grande resistência no Congresso, enquanto outros direitos reprodutivos, especialmente os ligados à maternidade, encontram menos oposição.⁵⁴

Apesar das diferenças sociais e políticas dos países analisados, é possível concluir que o aborto, enquanto fenômeno social, gera impactos ainda não calculados, potencialmente severos, na saúde pública e na esfera individual das mulheres impactadas pela não legalização prática no Brasil. Assim, o complexo cenário sociocultural presente na realidade brasileira, somado ao difícil acesso a esses dados, impede que o debate seja realizado com laços fidedignos à real situação do país, dificultando a formulação de políticas públicas eficazes.

54 FRADE, Júlia Quintão. **Constitucionalização do Direito ao Aborto**: Análise jurídica comparada de casos no Brasil e nos Estados Unidos. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia e FIGUEIREDO, Patrícia. **SUS fez 80,9 mil procedimentos após abortos malsucedidos e 1.024 interrupções de gravidez previstas em lei no 1º semestre de 2020**. G1, São Paulo, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/20/sus-fez-809-mil-procedimentos-apos-abortos-malsucedidos-e-1024-interrupcoes-de-gravidez-previstas-em-lei-no-1o-semester-de-2020.ghtml>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 a 154-B), v. 2. São Paulo: SaraivaJur, 22ª ed. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581/DF. Relatora: Cármen Lúcia - Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 4 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Marco Aurélio - Plenário. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 abr. 2012.

CAMPELO, Patricia. **La Segunda República despenalizó el aborto con la ley más avanzada de Europa**. Público, 2014. Disponível em: <<https://www.publico.es/actualidad/segunda-republica-despenalizo-aborto-ley.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial** (arts. 121 ao 361). 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa nacional de aborto 2016**. Revista Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017.

ESPANHA. **Datos Estadísticos**: Tabla 1. Ministerio de la Sanidad, Madrid. Disponível em: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuras.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

ESPANHA. **Ley de 24 de enero de 1941**. Para la protección de la natalidad contra el aborto

y la propaganda anticoncepcionista. Disponível em: <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1941/033/A00768-00770.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre**. Del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de 2010**. De salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio de 1985**. Reforma del artículo 417 bis del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-14138>>. Acesso em: 06 de maio de 2024. Acesso em: 06 de maio de 2024.

FRADE, Júlia Quintão. **Constitucionalização do Direito ao Aborto: Análise jurídica comparada de casos no Brasil e nos Estados Unidos**. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

GÉRVAS, Juan. **Historia del aborto en España: el Decreto de la Generalitat de Cataluña, 1936**. Acta Sanitaria, 2016. Disponível em: <<https://www.actasanitaria.com/historia-del-aborto-en-espana-el-decreto-de-la-generalitat-de-cataluna-1936/>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

GIMENEZ, Carla. **Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital**. El País, São Paulo, 16 de ago. de 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

GLOBALLY, 3 in 5 citizens say abortion should be legal in all or most cases. **IPSOS**, 2 de ago. de 2022. Disponível em: <https://www.ipsos.com/en/global-advisor-abortion-2022>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

IZQUIERDA y Cs reprochan a Vox usar la discapacidad para eliminar el aborto. **La Vanguardia**, Madri, 3 de dec. de 2020. Disponível em: <<https://www.lavanguardia.com/vida/20201203/49859602303/izquierda-y-cs-reprochan-a-vox-usar-la-discapacidad-para-eliminar-el-aborto.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

MINISTÉRIO da Saúde atualiza portaria que trata de procedimentos para interrupção de gravidez no SUS. **IBDFAM**, Brasília, 31 de ago. de 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7678/Minist%C3%A9rio+da+Sa%C3%BAde+atualiza+portaria+que+trata+de+procedimentos+para+interrup%C3%A7%C3%A3o+de+gravidez+no+SUS>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

NAVARRO-VALLS, Rafael. **La Objecion de Conciencia al Aborto: Derecho Comparado y Derecho Español**. In: ADEE, vol. II, 1986. Disponível em: <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-1986-10025700310_ANUARIO_DE_DERECHO_ECLESIASTICO_La_objeci%C3%B3n_de_conciencia_al_aborto:_

Derecho_comparado_y_Derecho_esp%C3%B1ol>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

PESQUISA Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. **G1**, São Paulo, 22 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza e DUTRA, Elza Maria do Socorro. Não Nascer: Algumas Reflexões Fenomenológico-Existenciais sobre a História do Aborto. In: **Psicologia em Estudo**, v. 16, n. 3. Maringá: UEM, 2016. P. 419-428.

SUPPORT for legal status of abortion growing in Latin America while softening in Western Europe. **Ipsos**, 17 de set. de 2021. Disponível em: <<https://www.ipsos.com/en/global-views-abortion-2021>>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

SUPPORT for legal status of abortion growing in Latin America while softening in Western Europe. In: **IPSOS**, 17 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.ipsos.com/en/global-views-abortion-2021>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

CIVILIDADE NOS CRIMES HEDIONDOS: DO CONTROLE DOS INDIVÍDUOS À MANUTENÇÃO DA AUTORIDADE DO ESTADO

CIVILITY IN HEINOUS CRIME LAW: FROM CONTROL OF INDIVIDUALS TO MAINTENANCE OF COUNTRY AUTHORITY.

Juliano Freires Ramos¹
Vitor Freire²

RESUMO: O presente artigo apresenta um recorte político, social e cultural da lei 8.072/90, a lei de crimes hediondos, a partir do conceito de Civilidade proposto pelo sociólogo Norbert Elias. O objetivo principal consiste em investigar qual é o conceito de hediondo incorporado pelo direito e pela lei e quais foram os critérios para a seleção dos crimes escolhidos para integrar nesse rol. Para isso, será usado o conceito de Civilidade apresentado por Norbert Elias (1994) e suas implicações no desenvolvimento da sociedade no tocante ao indivíduo, ao corpo, nas relações sociais na violência. A metodologia aplicada usou de investigação conceitual, doutrinária e normativa estabelecida na linha zetética de pesquisa e os referenciais teóricos levantados partiram de uma análise histórica, política e social do conceito de civilidade, com foco no estudo da violência e das relações sociais, bem como textos e teses de historiadores e juristas sobre direito penal. Ao fim, foi possível uma análise de forma política, histórica e cultural a lei de crimes hediondos, desnaturalizando conceitos que se aplicam de forma corriqueira na ciência jurídica.

Palavras chaves: Civilidade; Crimes Hediondos; Violência; Estado.

ABSTRACT: This article proposes a political, social and cultural view of the law 8.072/90, the heinous crimes law, based on the concept of Civility proposed by the sociologist Norbert Elias. The main objective is to investigate what is the concept of heinous incorporated by law and the law and what were the criteria for the selection of crimes chosen to integrate this list. For this, the concept of Civility presented by Norbert Elias (1994) and its implications for

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do grupo de pesquisa Labirinto da Codificação do Direito Processual Internacional (UFES - CNPq). Membro do grupo de estudos Modernidade Ibérica vinculado ao grupo de pesquisa Saberes e Sabores: História da Alimentação e das Práticas da Cura do departamento de História da UFES. E-mail: jramosfreires@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. E-mail: vitorfreireslv@gmail.com.

the development of society regarding the individual, the body, and social relations in violence will be used. The methodology applied used conceptual, doctrinal and normative investigation established in the zetetic line of research and the theoretical references raised started from a historical, political and social analysis of the concept of civility, focusing on the study of violence and social relations, as well as texts and theses by historians and jurists on criminal law. In the end, it will be possible to analyze the law of heinous crimes in a political, historical and cultural way, denaturalizing concepts that are commonly applied in legal science.

Keywords: Civility; Heinous Crime; Violence; Country.

1. INTRODUÇÃO

A lei de crimes hediondos é uma lei consideravelmente famosa, não necessariamente pelo conhecimento estrito do diploma legal, mas sim pelo senso comum de que certos crimes são considerados hediondos, desumanos e bárbaros. De forma geral, é uma norma bem recebida pela sociedade, pois se considera óbvio que crimes como estupro, tortura, lesão corporal grave e semelhantes sejam mais graves que crimes como furto, estelionato e aqueles contra a honra.

A noção de hediondo na contemporaneidade nos remete, geralmente, a práticas realizadas com extrema violência e viscerais que violam diretamente a dignidade da pessoa humana. Porém, a lei também apresenta outros crimes hediondos que não necessariamente têm essas características tão evidentes. Desse modo, surge como questionamento qual foi o critério do legislador para determinar quais crimes são hediondos e o que está por trás desse critério.

Nesse aspecto, não se pode deixar de lado que a vida e o pensamento humano está inserido em uma sociedade que carrega consigo uma história e uma cultura. Assim, para compreender o legislador e o direito em certos aspectos, é necessária a investigação além da ciência jurídica. Ante a isso, algumas noções que temos sobre direitos, civilização e organização social são frutos do período conhecido como Idade Moderna³, época que foi marcada por intensas mudanças na concepção humana sobre o indivíduos e a sociedade, mudanças essas que impactaram diretamente o direito, tendo como destaque a formação dos Estados Nacionais.

Assim, o presente artigo busca apresentar por um recorte político, social e cultural, a lei 8.072/90, conhecida como lei de crimes hediondos, a partir do conceito de Civilidade proposto pelo sociólogo Norbert Elias. O objetivo principal consiste em investigar qual é o conceito de hediondo incorporado pelo direito e pela lei e quais foram os critérios para a seleção dos crimes escolhidos para integrar nesse rol. Para isso, será usado como marco teórico o conceito de Civilidade proposto por Norbert Elias (1994) e suas implicações no desenvolvimento da sociedade no tocante ao indivíduo, ao corpo, nas relações sociais e na violência. Feito isso, serão introduzidos os aspectos gerais da lei para, em seguida, realizar uma análise crítica do conceito de hediondo e os crimes elencados como tais pelo diploma legal por

3 Para esse artigo, conceituamos a Idade Moderna como o período de transformações ocorridas com a emergência dos contatos intercontinentais e com o desenvolvimento de técnicas e tecnologias a partir em meados do século XV. Esses processos – somados a um movimento de formação de conceitos histórico-temporais e de superação de uma perspectiva escatológica – levaram a uma lenta e paulatina extensão do horizonte de expectativas do ser humano, que a partir de então se viu frente a um futuro de possibilidades. Para mais detalhes, ver KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006. p. 267-296.

um viés teleológico. A análise se pautará no conceito de Civilidade proposto, desde seus aspectos individuais até os aspectos sociais e políticos e dos doutrinadores de Direito Penal, por meio da análise de seus discursos e ensinamentos.

A metodologia aplicada usou de investigação conceitual, doutrinária e normativa estabelecida na linha zetética de pesquisa, cuja característica é a busca por desenvolver a consciência histórica, social e filosófica das práticas jurídicas, por meio do desenvolvimento da consciência em torno das linhas culturais e temporais que perpassam o direito.⁴ Os referenciais teóricos levantados partiram de uma análise histórica, política e social do conceito de civilidade a partir de suas características, fenômenos e definições apresentadas pelos autores utilizados com enfoque nas relações público/privado e, principalmente, no estudo da violência e das relações sociais, bem como textos e teses de historiadores e juristas sobre direito penal. A partir dessa construção, será apresentada a lei de crimes hediondos por meio de uma análise crítica quanto ao conceito de hediondo e a escolha dos crimes na citada lei.

Ao fim, visamos compreender de forma política, histórica e cultural a lei de crimes hediondos, desnaturalizando conceitos que se aplicam de forma corriqueira na ciência jurídica. Será evidenciado quais as intenções que perpassam sobre a matéria e como que a lei é além de uma forma de controle dos indivíduos, um instrumento para a manutenção da autoridade do Estado.

2. A CIVILIDADE, O REPÚDIO À BARBÁRIE, AO HEDIONDO E O DESLOCAMENTO DA VIOLÊNCIA.

A noção de hediondo nos remete a práticas de atitudes bárbaras, grotescas, violentas e toda a sorte de atos primitivos e irracionais. Esses adjetivos carregam um valor semântico negativo, pois se julga que essas determinadas características são ruins e indesejadas para a sociedade. Assim, quando se qualifica certas práticas como hediondas, se faz um juízo de valor advindo de uma construção cultural e social sobre a forma a qual o indivíduo se relaciona com seus pares, entende e compreende o próprio corpo e a sua individualidade. Em outras palavras, qualificar algo como hediondo é um modo, uma convenção de interação e coesão social a qual os indivíduos se submetem. Nesse aspecto, um dos sociólogos que se debruçou sobre essas relações sociais de interdependência foi Norbert Elias, apresentando um conceito chamado Civilidade, ou melhor, uma Literatura de Civilidade.

A Civilidade foi estudada a partir da análise da literatura dos manuais de comportamentos, hospitalidade e conversação, que suscitaram novas atitudes em

4 BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 248.

relação ao corpo e aos indivíduos. Pretendeu-se regular as condutas sociais, opondo-se aos impulsos do corpo e as paixões mais íntimas. O seu espaço de domínio é a coletividade, a sociabilidade distintiva, o ritual social, cujas normas são aplicadas a todos os indivíduos sem qualquer distinção. Nesse sentido, à medida que as novas formas sociais de organização ampliaram as dependências recíprocas e as familiaridades impostas, ocorreu um aumento no controle dos indivíduos, principalmente no tocante ao contato físico, à privacidade e aos comportamentos fisiológicos. Assim, a civilidade submete as emoções ao controle e refreia os afetos e a violência, em uma forma de domínio de cada conduta à qual está inserida, sempre controlada, da representação de si mesmo para com os outros.⁵

Essa ideia de controle do corpo e da violência gerou um intenso esforço de codificação a partir do séc. XVI. Existiu uma linguagem corporal que projetava o indivíduo, o deixando exposto ao elogio ou à reprovação. Assim, a disciplina coletiva se torna um objeto de gestão pessoal e privada, pois a civilidade é a tradução de uma virtude individual e de uma vontade social.⁶

A Civilidade, portanto, remodelou as interações sociais e tabelou as condutas que eram aprovadas ou reprovadas a partir do juízo de valor interno do indivíduo por meio do binômio civilidade/incivilidade. As pulsões agressivas sofreram uma forte mudança na direção, de forma que padrões que antes eram considerados normais e até desejados como espetáculo prazeroso, se transformaram em morbidez, em mau-gosto.⁷

Esse desejo antigo ao espetáculo da dor pode muito bem ser percebido quando analisamos o sistema francês no Antigo Regime. Na época, penas como tortura e mutilação dos corpos eram socialmente aceitas e recomendadas. Não havia preocupação com a proporcionalidade entre o delito e as penas. Se não bastasse, o peso da opinião pública era fator importante para a decisão do juiz e a espetacularização da dor era entretenimento. O homem da Época Moderna tinha apreço por espetáculos públicos como suplícios na fogueira, degolamentos, enforcamentos e outras práticas de execução. Como exemplo, na Inglaterra foi aprovada uma lei para crimes de

5 CHARTIER, Roger. Formas de Privatização: Introdução. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (org). **História da Vida Privada 3: da renascença ao século das luzes**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 166

6 REVEL, Jacques. Formas de Privatização: Os usos da civilidade. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (org). **História da Vida Privada 3: da renascença ao século das luzes**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 191-197.

7 SOUZA; Carolina Batista de. **Civilização e violência: Norbert Elias e a construção da teoria dos processos civilizadores para explicação da vida civilizada**. In: ANAIS DO 38º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2014, Caxambu: Anpocs, 2014. p. 11.

alta traição em que a punição era enforcamento seguido de castração, estripamento e esquartejamento.⁸

Essas práticas mais grotescas e viscerais foram alteradas paulatinamente pela Civilidade por meio do controle da agressividade dos indivíduos. A exposição e liberação dos impulsos e instintos na sociedade foi considerada incivilizada, de forma que seria necessário que eles fossem controlados. Um dos métodos de controle é o deslocamento desses impulsos, da violência e da selvageria para práticas que não prejudicassem ou violassem outros indivíduos, em locais socialmente permitidos.⁹

Esse deslocamento da violência, além de impactar nos comportamentos dos indivíduos, se relaciona diretamente com as ciências criminais e a formação do Estado moderno. O trabalho de Norbert Elias nos permite criar um quadro teórico que visa explicar a tendência da violência na longa duração e, como consequência, quais são as suas implicações na organização social. Assim, um dos fatores relacionados ao deslocamento da violência foi a institucionalização e monopolização do uso da força pelo Estado Moderno. Max Weber define que essa monopolização seria o elemento principal para a formação do Estado, pois por meio do monopólio ele obriga todos a obedecê-lo.¹⁰

Elias segue os passos de Weber, detalhando e explicando que o monopólio ocorreu por uma lenta e contínua construção, por meio de uma autoridade central que retirava o direito dos indivíduos de serem violentos. Com efeito, esse monopólio também gerou mudanças nas formas de Civilidade no Ocidente, transformando as relações entre os indivíduos. Além disso, houve também uma divisão social do trabalho e o aparecimento de cadeias de interdependência entre os indivíduos, o que modificou as pulsões violentas com o fim de uma melhor harmonia e coesão social. O afloramento de impulsos e atos mais selvagens e instintivos passou a ser motivo de vergonha de medo ao ridículo, o que fez diminuir a aceitação da violência nos amplos setores da sociedade.¹¹

Tudo isso gerou uma pacificação movida pelo Estado, com este sendo o único legítimo para exercer a violência, na medida em que as relações de disputa não

8 LOPES, Marcos Antônio. **O Imaginário da Realeza**. Londrina: Eduel, 2015, p. 199-202.

9 ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador Volume 1: uma história dos costumes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 169-189.

10 CARNEIRO, D. F. Norbert Elias e a história da violência no Brasil. **ArtCultura**, [S. l.], v. 19, n. 35, 2017 p. 174-175.

11 *Ibidem*, p. 175

poderiam mais se realizar pela guerra e, assim, o universo cotidiano passou a ser regulado por regras de conselhos de “como se portar”.¹²

A presença do Estado também é percebida nas alterações das estruturas dos crimes e da perseguição judiciária entre o século XVIII e o início do século XX. Os crimes ficaram mais complexos e mais diversificados, bem como os seus julgamentos passaram a compreender diversos saberes incluídos na avaliação da conduta criminosa. Os mais simples como assassinato e roubo ganharam novos recortes, com maiores teores de especialização e condenação a partir das peculiaridades de cada operação.¹³ Desse modo, o Estado se mostrou um agente de controle da violência de seus cidadãos, especificando e guiando as condutas para tanto moldar o cidadão na civilidade, quanto para garantir o monopólio do uso da força.

Esse monopólio, na contemporaneidade, se tornou tão solidificado que o estudo da teoria geral do direito o aplica sem se questionar, como se evidencia nos ensinamentos da doutrinadora Aurora Tomazini de Carvalho ao dizer:

“O poder coercitivo é direito subjetivo público, exercido pelo Estado-Juiz, pois nenhum indivíduo tem legitimidade jurídica para usar da própria força com a finalidade de assegurar deveres prescritos em normas jurídicas. Tal função compete exclusivamente ao Estado e só se concretiza por meio de uma atuação jurisdicional.”¹⁴

Em contrapartida, se o Estado foi agente responsável por consolidar a civilidade, ele também foi influenciado por ela. Mesmo que o Estado tenha garantido o seu direito ao uso da violência, ao longo da época moderna surgiram limites para o seu exercício, sejam eles políticos, filosóficos e morais. Ao final, esses limites geraram para os indivíduos direitos universais e inalienáveis que devem ser protegidos até mesmo do Estado: Os direitos humanos.

Os direitos humanos começaram a ganhar maior força a partir de Hugo Grócio que em seu livro *O direito da Guerra e da Paz* (1625) propôs uma noção de direitos aplicáveis a toda a humanidade, os chamando de direitos naturais, sendo eles: a vida, o corpo, a liberdade e a honra. Posteriormente, Thomas Hobbes em sua obra *Leviatã* (1651) defendeu que o ser humano teria o direito à vida de forma inata, apenas por existir. Esse pensamento possibilitou a proteção do indivíduo contra ações despóticas do Estado e uma ofensiva para a criação de uma tradição

12 PIMENTEL FILHO, J. E. CIVILIDADE E VIOLÊNCIA: uma reflexão conceitual a partir de Norbert Elias. **REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - POLÍTICA & TRABALHO**, [S. l.], v. 18, p. 55–67, 2002, p. 58.

13 *Ibidem*, p. 59.

14 CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico**. 2009. 623 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, PUC/SP, São Paulo, 2009, p. 238.

pautada na defesa da liberdade e na limitação do poder estatal. Essa ofensiva foi melhor desenvolvida por John Locke em *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil* (1689), obra o qual qualificou como direitos naturais a vida, a liberdade e a propriedade. Além disso, Locke postulou que o poder do Estado era limitado, divisível e resistível e a razão de sua existência seria a proteção dos direitos naturais. Assim, uma vez violados esses direitos pelo Estado, surgia para os indivíduos o direito à rebelião, isto é, o de insurgir contra o governo à medida que ele deixasse de tutelar a vida, a liberdade e a propriedade.¹⁵

A civilidade, portanto, impactou diretamente a forma com que os indivíduos se relacionavam e influenciou em novos parâmetros políticos e sociais. Na ótica individual, criou uma cultura e um sentimento de repulsa à violência, às práticas bárbaras e ao reconhecimento da inviolabilidade do indivíduo e do seu corpo. Por um aspecto político e social, a cultura da civilidade desvalorizou a violência e deslocou seu exercício para formas mais pacíficas e controladas que não prejudicasse a ninguém. O único legítimo para poder exercer a violência com o fim de impor a sua vontade é o Estado, pois ele conseguiu monopolizar o uso da força. Ele usa a violência para, contraditoriamente, impedir que a sociedade seja violenta, usando dessa força para controlar os impulsos e atos dos indivíduos. Porém, até mesmo essa força tem limites, sendo os direitos humanos a principal baliza. Diante disso, até mesmo o Estado é submetido à Civilidade, logo ao aplicar o seu direito subjetivo de punir e agredir, deve fazê-lo de forma civilizada.

3. A LEI 8.072/1990. OS CRIMES HEDIONDOS, ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS.

A partir de 1964, o Brasil passou a conviver com maior autoritarismo político, tendo como forte traço a busca pela Segurança Nacional. Além disso, naquele período, houve a massificação do uso de entorpecentes e aumento generalizado da violação urbana. Diante deste contexto histórico de ditadura e aumento da violência nas grandes cidades, em 1988, o legislador constituinte elencou como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.¹⁶

15 RAMOS, Juliano Freires. **DIREITOS HUMANOS, SUA FUNDAÇÃO, AFIRMAÇÃO E LEGITIMAÇÃO NA MODERNIDADE PELA TEORIA DE NORBERTO BOBBIO.** In: Anais do Congresso Pernambucano de Ciências Jurídicas. Anais...Arcoverde(PE) Universidade de Pernambuco - Campus Arcoverde, 2021, p. 5-6.

16 LEAL, José João. Conceito de Crime Hediondo e o equívoco da Lei 8.072/90. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 696/1993, p. 310 - 314, Out. 1993, p. 1.

Após o mandamento constitucional, em 1990 foi aprovada a lei de crimes hediondos. João José Leal aponta que houveram três fatores históricos determinantes para criação do diploma legal, sendo eles: (i) o conservadorismo aliado à alienação parlamentar; (ii) a violência urbana combinada com a síndrome do medo; e a (iii) indústria do sequestro no Rio de Janeiro e São Paulo.¹⁷

Nesse sentido, quanto ao conservadorismo e à alienação parlamentar, narra o autor que a aprovação da lei só foi possível em razão da composição conservadora dos ocupantes das cadeiras do Congresso Nacional, que prezou pela rigidez do sistema penal. Essa bancada do Congresso acabou por contrariar princípios basilares do Direito Penal. Um destes princípios é da progressão da pena, que tem como finalidade precípua a ressocialização do preso, através da reinserção gradual deste à sociedade.¹⁸ Afinal, em sua redação original, a lei previa no §1º do art. 2º que a pena cominada para crime hediondo seria cumprida em regime integralmente fechado.

Por sua vez, sobre a violência urbana combinada com a síndrome do medo, aduz o mencionado autor que a edição da lei só foi possível em razão da realidade cotidiana de estupros, assassinatos, assalto armados e latrocínios nos grandes centros urbanos brasileiros, o que deu ensejo a pânico e terror na sociedade civil. Assim, a tramitação de um projeto de lei que tornava mais punitivista o sistema criminal não encontrou óbices nas casas legislativas.¹⁹

De forma semelhante, a indústria do sequestro no Rio e São Paulo fomentou o clamor pela promulgação da Lei de Crimes Hediondos. José Leal aponta que, a partir de 1989, as maiores metrópoles do Brasil experimentaram uma onda de extorsões mediante sequestro, o que gerou à época até questionamento acerca da possibilidade destes Estados de gerirem sua própria segurança pública. A rigor, sem indústria da extorsão mediante sequestro, a bancada conservadora não teria força política para aprovar o citado diploma legal.²⁰

A Lei 8.072/90 adotou o chamado sistema legal, sistema em que compete ao legislador elencar os crimes que deverão ser considerados hediondos. Há, portanto, um rol taxativo dos crimes hediondos. Desse modo, ainda que, aos olhos da sociedade, um crime pareça hediondo, somente aqueles expressamente taxados como tal pelo legislador poderão ser assim considerados.

17 *Ibidem*, p. 1-2.

18 *Ibidem*, p. 1.

19 LEAL, José João. Conceito de Crime Hediondo e o equívoco da Lei 8.072/90. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 696/1993, p. 310 - 314, Out. 1993., p. 1

20 *Ibidem*, p. 2.

Conforme Renato Brasileiro, a vantagem da adoção do sistema legal é que elimina a insegurança jurídica na aplicação da lei penal, pois somente o que for considerado pela lei será hediondo. Não há como o magistrado entender, de forma discricionária, que a conduta criminosa é hedionda.²¹ Ao contrário do que ocorre no sistema judicial, o juiz não tem liberdade para identificar a natureza hedionda de certa conduta tipificada criminalmente. No sistema judicial, até os crimes contra a honra poderiam ser admitidos como hediondos pelo julgador, bastando que o juiz apontasse os elementos de convicção que o motivasse.

O artigo 2º da Lei 8.072/90 dispõe que os crimes definidos como hediondos são insuscetíveis de graça, indulto e anistia, o que implica dizer que nenhum ato normativo do Congresso Nacional pode retirar as consequências da prática de um crime hediondo, bem como a graça (sentido lato) concedida pelo Presidente da República não pode suprimir as consequências penais da prática de uma conduta criminosa hedionda.²²

Além disso, a lei de crimes hediondos previu outras consequências jurídicas para os crimes previstos, dentre estas algumas sofreram modificações pela própria lei ou foram declaradas inconstitucionais, merecendo destaque as seguintes: (i) vedação da liberdade provisória (revogada pela Lei 11.464/2007); (ii) cumprimento da pena em regime integralmente fechado (revogado pela 11.464/2007); (iii) impossibilidade de apelar em liberdade (derrogado pela Lei n. 11.719/2008). (iv) prisão temporária para apuração da prática de crime hediondo poderá ter prazo de 30 dias.

4. CRIME HEDIONDO: UM CONCEITO ELEGANTE PARA TEMPOS MAIS CIVILIZADOS. OS REFLEXOS DA CULTURA DA CIVILIDADE

A lei de crimes hediondos foi criada em um ambiente o qual se condenou de forma mais acentuada certos delitos. Nesse aspecto, a cultura de civilidade também pode ser percebida ao falarmos da lei, principalmente no conceito de hediondo e na investigação dos crimes tipificados pelo sistema legal.

Sobre o conceito de hediondo no direito, ele perpassa de forma quase literal pelos aprendizados da cultura da civilidade, principalmente quanto à desaprovação das práticas viscerais e instintivas. Isso porque, como o sistema adotou o regime legal, a ciência jurídica não criou um conceito único e restrito de hediondez. Assim, uma resposta mais literal seria dizer que hediondo é tudo aquilo que a lei 8.072/90 diz que é. Entretanto, ela é insatisfatória porque não nos dá ferramentas para um

21 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIUM, 2016., p. 30.

22 CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 120.

interpretação teleológica. Ela não apresenta elementos para explicar o porquê dos crimes elencados na lei de crimes hediondos serem taxados como tal. Dessa forma, é necessária a investigação mais crítica sobre o conceito e como ele se apresenta na doutrina.

Rogério Greco diz que a palavra hedionda nos remete a algo grave, que provoca repulsa, sendo algo sórdido e, em razão disso, nos provoca espécie quando tomamos conhecimento.²³ Em sentido semelhante, João José Leal conceitua crime hediondo como aquele que causa uma profunda e consensual repugnância por ofender, de forma acentuadamente grave, valores morais indiscutíveis de legitimidade, como a piedade, fraternidade, solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além disso, ontologicamente há a ideia que existem condutas que são extremamente opostas aos padrões éticos da sociedade, tendo como explicação para o cometimento desses delitos o alto grau de perversidade, perniciosidade e periculosidade do agente.²⁴

Tanto Greco quanto Leal reforçam o impacto individual, sentimental e mental que a civilidade gerou nos indivíduos. Há um forte apelo emocional na conceituação que direciona o conceito ao repugnante, ao nojento. Ademais, essa ofensa grave que configura o crime também se relaciona a ofensa daquilo que a sociedade determina o que é bom e civilizado: piedade, fraternidade, solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana. Todos eles são características das relações de interdependência dos indivíduos, fortalecida e moldada pela cultura de Civilidade.

A evidência mais óbvia dessa influência é na valorização dos crimes que violam diretamente o corpo do outro ou usam de violência para ter êxito em seu objetivo, podendo entrar nesse quesito: homicídio qualificado; roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima, emprego de arma de fogo, seja de uso permitido ou proibido e restrito ou lesão corporal grave ou morte; extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte; extorsão mediante sequestro e na forma qualificada; estupro; estupro de vulnerável; favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável; tortura.

Percebe-se que neles há a mesma lógica: a imposição da vontade do agente sobre o sujeito passivo por meio de alguma prática extremamente violenta que fere direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais em sua grande maioria estão

23 GRECO, Rogério. **Crimes Hediondos**: comentários à lei nº 8.072/1990. 3. ed. Niterói: Impetus, 2020, p. 4.

24 LEAL, João José. **Crimes Hediondos**: a lei 8.072/90 como expressão do direito pena da severidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 37.

ligados aos direitos humanos, principalmente à vida, liberdade e dignidade. A civilidade fortaleceu as relações de interdependência e determinou que a conquista dos objetivos através da violação e prejuízo de outrem fosse uma prática pejorativa, incivilizada e hedionda.

Dentre eles, os crimes contra a dignidade sexual são os que melhor ilustram essa relação por tutelarem um bem jurídico sensível à sociedade: a dignidade sexual. Eles podem ser compreendidos como a violação do corpo do outro com o objetivo de satisfazer uma pulsão, um instinto. Desse modo, são práticas bárbaras e hediondas pois se chega a um nível tão grande de incivilidade que o agente viola o corpo de outro e o violenta para satisfazer desejos e instintos considerados primitivos.

Assim, uma justificativa para a tipificação desses tipos de crimes como hediondos está relacionada ao caráter individual da civilidade, isto é, o controle dos impulsos do indivíduo e a manutenção das relações de interdependência. São hediondos porque a sociedade não tolera mais que os indivíduos realizem tais práticas para chegar aos fins almejados. Há a primazia pela piedade, fraternidade, solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, portanto deve o cidadão se ater a esses valores ao se portar e se relacionar com seus pares.

Além do caráter individual, a relação da civilidade com o monopólio do uso da violência pelo Estado também se manifesta na lei, porém de forma mais sutil do que comparada aos crimes relacionados aos indivíduos. Buscou-se transformar em hediondos crimes que, de alguma forma, desafiavam a autoridade do Estado e o seu monopólio da força. Os seguintes crimes podem ser caracterizados desse modo: homicídio praticado por grupo de extermínio; lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte quando praticada contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal; epidemia com resultado morte; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais; furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum; genocídio; posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido; comércio ilegal de arma de fogo; tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição; organização criminosa quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado; tráfico ilícito de entorpecente e drogas; terrorismo.

Essa relação fica mais evidente a partir da análise do primeiro projeto de lei, o projeto nº 50/90 do Senador Odacir Soares. Nele se previa que o sequestro praticado por motivos políticos entraria no rol taxativo legal. A justificativa era que

esse crime seria uma das atividades mais nefastas que crescia dia a dia, devendo ser coibida tanto em quantidade como em qualidade.²⁵

A valoração do senador nos indica que seria nefasto o sequestro em razão da sua qualidade: o motivo político. Isso porque sequestrar alguém com essa motivação geraria impactos na política e nas estruturas do Estado, o que acaba influenciando na manutenção de seu poder. Se o mesmo crime fosse cometido por outro motivo, não haveria o mesmo impacto midiático, político e sociológico, portanto não deveria ser punido na mesma proporção. Há, de certo modo, uma sacralidade da política e do ente estatal, de forma que ela deve ser respeitada e a menor atitude que a ofenda deve ser duramente sancionada.

Por analogia e com os devidos cuidados para evitar o anacronismo, a lógica da ofensa ao Estado é semelhante com o crime de lesa-majestade do Antigo Regime Francês. Esse crime era uma ficção jurídica que transmitia a materialidade a algumas abstrações simbólicas, como o corpo sagrado do rei. Se a lei emanava do rei, atentados contra a lei seriam atentados contra o rei. Essa conduta não poderia ser mais carregada de gravidade e é por isso que as punições deveriam atingir um máximo de severidade e produzir um efeito pedagógico coletivo.²⁶ Na contemporaneidade, o Estado é o rei despersonalizado, logo, todo atentado a ele seria carregado de gravidade pois é dele que se emana a lei, a ordem.

De outra sorte, com a lei já criada, Antonio Lopes Monteiro critica a inclusão do crime de homicídio praticado por grupo de extermínio questionando a necessidade de sua inclusão, haja vista que o código Código Penal já tem outras qualificadoras que abarcariam o fato. O doutrinador diz que:

“Quererá, talvez, o legislador referir-se ao famigerado “esquadrão da morte”, quiçá aos atuais “justiceiros” ou a pessoas pagas para “apagar” pequenos delinquentes? Temos nossas dúvidas, até porque, se a um ou a outro se quisesse reportar a lei, inútil destacar esta figura como hedionda, já que homicídios assim praticados qualificam-se pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I) ou por emboscada, ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido (inciso IV), ou até, na pior das hipóteses, por motivo fútil (inciso II). É por isso que não entendemos a finalidade desta inclusão.”²⁷

Pela análise da Civilidade, a própria fala de Monteiro responde o porquê destacar essa figura como hedionda. Como o Estado é o detentor legítimo do uso

25 Monteiro, Antonio. Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 13

26 LOPES, Marcos Antônio. **O Imaginário da Realeza**. Londrina: Eduel, 2015, p. 207.

27 Monteiro, Antonio. Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 20.

da força e a civilidade propõe que os indivíduos não devem agir de forma violenta, a repressão específica dos grupos de extermínio reforça a autoridade do Estado em cumprir a função de “justiceiro da sociedade”. O grupo de extermínio, nesse aspecto, é uma força organizada paraestatal que, caso não seja controlada, pode gerar rupturas na atual organização, quiçá até ser considerada legítima para a sociedade, caso o grupo de extermínio supra uma vontade que o Estado não supre. Assim, podemos dizer que a qualificação desse tipo como hediondo além do jurídico, também tem viés político.

Os crimes de posse ou porte de comércio ilegal de arma de fogo; tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição e organização criminosa também nos mostram esse cuidado do Estado de garantir a sua dominância no uso da força. Rogério Greco ensina que em todos os crimes o sujeito passivo é o Estado, com exceção da posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, que é a sociedade. Quanto ao bem jurídico tutelado, os crimes abarcam a incolumidade pública e a segurança pública. Nesse diapasão, tratando do crime de tráfico internacional, o Brasil é um país de proporções continentais e as Forças Armadas e Forças de Segurança não conseguem ter o efetivo controle e vigilância do território.²⁸ O cuidado aqui é o controle territorial para garantir a autoridade Estatal, o que reforça a defesa pela hegemonia do ente.

Esses crimes, caso não sejam punidos e controlados, questionam e ameaçam a ordem social, os bons costumes, a segurança e a paz. Ocorre que tudo isso é, na verdade, a ameaça ao monopólio do uso da força pelo Estado, pois é por esse monopólio que o ente garante a ordem, a segurança e a paz. Desse modo, diferente dos crimes como estupro, a hediondez se manifesta em um recorte mais político do que o individual. Esses crimes não são hediondos pois necessariamente são bárbaros, cruéis e violentos, mas sim porque ameaçam o principal garantidor da civilidade no mundo contemporâneo: o Estado.

No mesmo sentido, a qualificadora de assassinato de autoridade no crime de homicídio no Código Penal fortalece ainda mais a noção da hediondez como ameaça ao monopólio do Estado. Por meio da Lei nº 13.142/2015, foi introduzido o inciso VII do § 2º do art. 121 do Código Penal, tornando qualificado o homicídio contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. Como a lei de

28 GRECO, Rogério. **Crimes Hediondos**: comentários à lei nº 8.072/1990. 3. ed. Niterói: Impetus, 2020, p. 80-90.

crimes hediondos insere todo homicídio qualificado em seu rol, indiretamente essa modalidade se tornou hedionda.

Além disso, a lei nº 13.142/2015 acrescentou o § 12 ao art. 129 do Código Penal e alterou o inciso I-A da lei de crimes hediondos, prevendo o crime de lesão corporal quando for praticado contra as vítimas com as mesmas qualidades que o inciso VII do § 2º do art. 121. Ela em muitos aspectos retoma a ideia do projeto nº 50/90, pois mais uma vez elenca uma qualificadora que vincula o sujeito passivo ao aparato estatal.

A qualificadora se caracteriza em função da característica da vítima: Autoridade ou agente qualificados pelos citados dispositivos da constituição. A autoridade é aquela que exerce a função policial *latu sensu*.²⁹ Em razão disso, também se insere nessa hipótese os guardas civis municipais ou metropolitanos, pois são autoridades que exercem a função policial dentro dos seus limites territoriais. Já os artigos 142 e 144 da Constituição Federal tratam das Forças Armadas, a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militares.³⁰

Essa qualificadora tem natureza subjetiva pois se relaciona com a motivação do crime. A lei é explícita, só incide essa hipótese quando o criminoso age em face da função exercida pela vítima ou pelo parentesco com a autoridade que a exerce. A razão da qualificadora está intrinsecamente ligada ao exercício da função estatal e é por isso que não há como compatibilizá-la com a figura do privilégio prevista no § 1º do art. 121. Não se pode alegar relevante valor social ou moral contra o Estado, muito menos domínio de violenta emoção devido a injusta provocação. Se um pai mata o policial pois este estuprou a sua filha, o policial não cometeu o crime em razão da função estatal investida ao servidor, mas sim em razão do estupro.³¹

Nesse aspecto, Rogério Greco nos informa que é frequente a morte de policiais durante o exercício de suas funções. Porém, também levanta que os criminosos quando identificam ou descobrem os locais de residência dos policiais, vão a captura, a fim de matá-los ou feri-los gravemente.³² Assim, esses crimes são considerados hediondos, seja pelo exercício da função pública, seja em sua decorrência, o que se alinha no sentido de que a gravidade não está relacionada ao indivíduo sujeito passi-

29 *Ibidem*, p. 19.

30 Monteiro, Antonio. Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015., p. 25-26.

31 Monteiro, Antonio. Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 20

32 GRECO, Rogério. **Crimes Hediondos: comentários à lei nº 8.072/1990**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2020, p. 20.

vo, mas sim a quem ele representa. Os policiais representam o Estado na sua forma mais pura de monopólio do uso da força, pois são as autoridades e os agentes que manifestam a sua violência legítima. É por isso que cirurgicamente indicou Cezar Bitencourt ao dizer:

“Sintetizando, a presente qualificadora não protege a pessoa da autoridade ou a gente da segurança pública, discriminando os demais cidadãos que não desempenhem tais funções, o que poderia gerar suspeita de inconstitucionalidade, por tratá-los diferentemente. A rigor, esta nova qualificadora tutela a função pública desempenhada por essas autoridades. Com efeito, a função pública é o bem jurídico tutelado pela Lei 13.142, de 9 de julho de 2015.”³³

5. CONCLUSÃO

A primeira justificativa que aparece para a criação da lei de crimes hediondos passa por um juízo de valor daquilo que é extremamente condenado pela sociedade. Todavia, essa condenação foi fruto de uma civilidade criada e moldada ao longo dos séculos. Os indivíduos passaram a se relacionar de formas mais cortesãs e pacíficas e os meios para atingir os fins se tornaram mais diplomáticos, mansos e estratégicos. Isso ocorreu porque, conforme o desenvolvimento dos centros urbanos, as cadeias de interdependência ficaram mais fortes. A divisão do trabalho criou uma dependência maior dos indivíduos com seus pares, logo, agir com violência traria mais desvantagens que benefícios.

O crime hediondo, portanto, é um instituto de forte apelo popular, pois se enxerga como natural que os crimes elencados no rol taxativo legal sejam passíveis de penas mais severas. Essa naturalização se deu por conta da cultura da civilidade, pois leva a crer que a prática primitiva, instintiva e visceral e as pulsões do corpo são, em sua natureza, ruins. Pela mesma lógica, impor a sua vontade sobre o outro usando dessas características é extremamente condenado, pois é a incivilidade em seu caráter mais puro. O indivíduo que busca realizar os seus desejos por essas vias, sejam patrimoniais, no caso do roubo, ou sexuais, nos casos da violência sexual, é taxado como bárbaro, rude, incivilizado, hediondo. Portanto, essa lei ressoa dentro dos cidadãos pois se baseia em um apelo emocional e bastante convincente pautado nos direitos humanos.

Por outro lado, além do caráter sentimental da lei, não se pode deixar de lado a sua importante finalidade política. A classificação de hediondo também está

33 BITENCOURT, Cezar Roberto. **CRIME HEDIONDO Qualificadora de homicídio contra policial não protege a pessoa, e sim a função**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-29/cezar-bitencourt-homicidio-policial-protege-funcao-publica>.

relacionada ao grau de ameaça que o crime apresenta em face do Estado. Quanto maior a potencialidade do crime de instaurar o caos e por em dúvidas a segurança que o Estado oferece para seus cidadãos, maior será a sua punição. A justificativa é pautada principalmente na manutenção da ordem, o que não deixa de ser verdade. Contudo, o fato é que essa ordem é garantida pelo Estado e ele não quer que outra pessoa a faça, pois isso lhe dá benefícios, prerrogativas e dominância. Essa é a razão para o monopólio da força. Somente o Estado pode ser violento, com as devidas balizas dos direitos humanos, para assim controlar seus cidadãos e se outros agentes também puderem ser violentos, haverá paridade de armas, o que poderia ocasionar uma guerra em seu sentido amplo.

Portanto, a lei de crimes hediondos, quando visto por uma análise cultural e social, possui dupla vertente: Uma individual/sentimental e uma coletiva/política. Essa compreensão nos permite enxergar a lei além do ordenamento jurídico. Permite um novo olhar sobre os debates que abordam o tema e também pode ser usada como baliza para análise de propostas de alteração da lei e para um estudo sobre a punibilidade e a taxatividade dos crimes.

Deste modo, para entender o porquê que o crime fora taxado como hediondo, duas perguntas podem ser feitas. A primeira é se o crime viola de forma visceral e bárbara um direito humano e qual o grau de violência que fora utilizado, sendo um pergunta de cunho individual, pois foca nos indivíduos, e sentimental, porque é feita por meio de um sentimento de empatia e juízo de valor. A segunda é como que esse crime pode questionar a autoridade do Estado e pôr em cheque o seu monopólio, sendo um questionamento de cunho político pois leva em consideração os impactos que tal crime pode acarretar na atual organização social e política. Assim, muito mais que uma punição pelo horror, pela violência e pela selvageria do agente, a lei de crimes hediondos também pune pelo medo do Estado de ter o seu status político e social deposto. De todas as formas, ela busca punir aqueles que são incivilizados, seja pelo seu aspecto privado, seja pelo aspecto público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **CRIME HEDIONDO Qualificadora de homicídio contra policial não protege a pessoa, e sim a função**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-29/cezar-bitencourt-homicidio-policial-protege-funcao-publica>. Acesso em: 31 jul. 2022.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016
- CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- CARNEIRO, D. F. Norbert Elias e a história da violência no Brasil. **ArtCultura**, [S. l.], v. 19, n. 35, 2017. DOI: 10.14393/ArtC-V19n35-2017-2-13. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/view/41263>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- CHARTIER, Roger. Formas de Privatização: Introdução. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (org). **História da Vida Privada 3: da renascença ao século das luzes**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 165-169
- ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador Volume 1: uma história dos costumes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994
- GRECO, Rogério. **Crimes Hediondos: comentários à lei nº 8.072/1990**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2020
- KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPODIUM, 2016.
- LEAL, José João. Conceito de Crime Hediondo e o equívoco da Lei 8.072/90. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 696/1993, p. 310 - 314, Out. 1993.
- _____. **Crimes Hediondos: a lei 8.072/90 como expressão do direito pena da severidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- MONTEIRO, Antonio. Lopes. **Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502625754. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502625754/>. Acesso em: 31 Jul 2022
- PIMENTEL FILHO, J. E. CIVILIDADE E VIOLÊNCIA: uma reflexão conceitual a partir de Norbert Elias. **REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - POLÍTICA & TRABALHO**, [S. l.], v. 18, p. 55–67, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/politicaetrabalho/article/view/6492>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- RAMOS, Juliano Freires. **DIREITOS HUMANOS, SUA FUNDAÇÃO, AFIRMAÇÃO E LEGITIMAÇÃO NA MODERNIDADE PELA TEORIA DE NORBERTO BOBBIO**. In: Anais do Congresso Pernambucano de Ciências Jurídicas. Anais...Arcoverde (PE) Universidade de Pernambuco - Campus Arcoverde, 2021. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/ivcpcj/358081-DIREITOS-HUMANOS-E-A-SUA-AFIRMACAO-COMO-DIREITO-NA-MODERNIDADE>>, acesso em: 28 jul. 2022.

REVEL, Jacques. Formas de Privatização: Os usos da civilidade. In: ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger (org). **História da Vida Privada 3**: da renascença ao século das luzes. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 169-211.

SOUZA; Carolina Batista de. **Civilização e violência: Norbert Elias e a construção da teoria dos processos civilizadores para explicação da vida civilizada**. In. ANAIS DO 38º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2014, Caxambu: Anpocs, 2014. 31 p. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/38-encontro-anual-da-anpocs/spg-1/spg22-1/9318-civilizacao-e-violencia-norbert-elias-e-a-construcao-da-teoria-dos-processos-civilizadores-para-explicacao-da-vida-civilizada>. Acesso em: 30 jul. 2022.

O DIREITO À SAÚDE NO CÁRCERE: PERSPECTIVAS DA ATENÇÃO INTEGRAL

THE RIGHT TO HEALTH IN PRISON: PERSPECTIVES OF COMPREHENSIVE CARE

Laura Soares Anderaus¹
Gabriel Cardoso Cândido²

RESUMO: Este trabalho examina o sistema carcerário brasileiro sob o viés do direito social à saúde e os enfrentamentos políticos e sociais que permeiam tal discussão. Utiliza-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional como referências para expor a massiva violação de direitos no contexto das prisões brasileiras, juntamente com relatos de pessoas que já passaram pelo aprisionamento. Essa situação reforça a gravidade das violações, especialmente no âmbito do direito ao acesso à saúde de qualidade, enfatizado pelo relatório acerca da “Situação dos direitos humanos no Brasil” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Por fim, apontam-se as diretrizes e propostas presentes na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, tendo como principal adjuvante a Atenção Primária à saúde, como uma abordagem possível para lidar com a presente problemática estrutural.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro; Direito à saúde; Estado de coisas inconstitucional; Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade; Atenção Primária à Saúde.

ABSTRACT: This paper examines the Brazilian prison system from the perspective of the social right to health and the political and social confrontations that permeate such discussion. It utilizes the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 and the recognition of the unconstitutional

1 Discente graduação de Medicina pelo Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA. Discente visitante no programa internacional de intercâmbio de Saúde Sexual e Direitos Reprodutivos, incluindo HIV e AIDS (SCORA X-Change), na Eslováquia. Estagiária em Clínica Médica no Hospital Nelson dos Santos Gonçalves - Volta Redonda/RJ.E-mail: lauraanderaus@outlook.com.

2 Advogado. Professor na pós-graduação em Ciências Criminais na Universidade Candido Mendes. Autor da coluna Direitos Humanos no Cárcere - Portal Jurídico dos Estudantes de Direito (UnB). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Graduado em Direito pela PUC-Rio. Discente da pós-graduação em Direitos Humanos do Curso CEI.E-mail: gabrielcardosocandido@gmail.com.

state of affairs as references to expose the massive violation of rights within the context of Brazilian prisons, along with accounts from individuals who have experienced imprisonment. This situation reinforces the severity of the violations, particularly in terms of the right to access quality healthcare, as emphasized by the report on the “Human Rights Situation in Brazil” from the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR). Finally, the guidelines and proposals outlined in the “Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade”, which has Primary Health Care as its main adjuvante, are considered a possible approach to address the current structural problem.

Keywords: Brazilian prison system; Right to health; Unconstitutional state of affairs; National Policy of Comprehensive Healthcare for Persons Deprived of Liberty; Primary Health Care.

1. INTRODUÇÃO

Quando chega em um ambiente de prisão, a primeira coisa que tem... é um jargão que nós usamos é um 'enterrado vivo'

Depoimento extraído de JORNAL O GLOBO, 2019b

O sistema carcerário brasileiro é permeado por violações sistemáticas aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, demonstrando um notório divórcio entre as garantias previstas nas normas e a realidade enfrentada dentro das prisões brasileiras.

A infraestrutura precária, a superlotação das celas, a escassez de condições de higiene básicas e a dificuldade em acessar os direitos atinentes à pena privativa de liberdade se mostraram tão recorrentes na realidade do cárcere brasileiro em geral e de forma estrutural, que o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, reconheceu a presente situação como um estado de coisas inconstitucional.

Em complemento às análises jurídicas, pretende-se mobilizar narrativas de pessoas que já foram privadas de liberdade e que vivenciaram o desrespeito aos seus direitos humanos, principalmente acerca do direito à vida e à saúde.

Diante desse cenário desafiador, este trabalho tem como objetivo explorar o direito à saúde no sistema carcerário brasileiro, das garantias de direitos às respectivas violações, analisando as perspectivas da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade como uma possibilidade viável para enfrentar os problemas atinentes ao direito à saúde no cárcere.

2. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E OS “ENTERRADOS VIVOS”

Há uma dissonância entre as inúmeras previsões normativas, sejam internas sejam tratados e pactos internacionais, que asseguram os direitos à população carcerária, e a realidade nas prisões brasileiras. No âmbito interno, destacam-se a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (L.7210/84), que representa a principal legislação nacional no tocante à afirmação da proteção das pessoas privadas de liberdade. Na esfera internacional, encontramos a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Mandela, as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – Regras de Bangkok, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, o

Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, entre outras normativas relevantes.

O sistema carcerário brasileiro opera sob os ditames das condições precárias, do pouco acesso aos direitos mais elementares, da superlotação, do tratamento degradante e da tortura, de tal modo que foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional pelo STF³.

A controvérsia acerca da situação nefasta dos cárceres brasileiros alcançou o STF mediante iniciativa do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com a apresentação da Ação de ADPF 347. Em síntese, pleiteava-se assegurar o respeito à legalidade e o cumprimento das garantias conferidas aos privados de liberdade em inúmeros documentos normativos, que têm sido sistemática e consistentemente descumpridos.

No contexto dessa problemática e diante das recorrentes violações de direitos humanos nos estabelecimentos prisionais, requereu-se o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, assim como medidas para superar o presente cenário.

Quanto à teoria do estado de coisas inconstitucional, a Petição Inicial destacou o seu uso precipuamente pela Corte Constitucional Colombiana como um instrumento destinado a reportar a situações de “violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais” (STF, ADPF 347, Petição Inicial, p.7-8).

“Abandonai toda a esperança, vós que entráis’. A célebre frase, escrita no portão do Inferno da Divina Comédia de Dante Alighieri, poderia figurar, sem nenhum exagero, na entrada de quase todos os estabelecimentos prisionais brasi-

3 Nos termos da violação a diversos dispositivos da Constituição Federal, quais sejam: Art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”; Art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Art. 5º, III, XLVII, XLIX, LIV, LV: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

leiros” (STF, ADPF 347, Petição Inicial, p.2). A inicial expôs diversas transgressões aos direitos fundamentais, essenciais para a construção de uma existência digna no contexto carcerário, comparando essas instituições a “verdadeiros infernos dantescos”:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. (STF, ADPF 347, Petição Inicial, p.2)

Entre pedidos cautelares e pedidos definitivos, a inicial da ADPF 347 postulou a atuação proativa do Estado no enfrentamento das problemáticas intrínsecas ao sistema carcerário brasileiro, visando a superação do estado de coisas inconstitucional, ora reconhecido pelo STF em acórdão de 4 de outubro de 2023, admitindo a necessidade de cooperação entre as instituições, seus representantes e a sociedade civil, com o intuito de suprimir o presente estado de coisas. Segmentou-se a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro em 3 eixos: eixo 1: “superlotação e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial”; eixo 2: “entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade”; eixo 3: “permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido”. O Tribunal ainda conclui que “tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública” (STF, ADPF 347, Acórdão, p.21).

Dentre as medidas estabelecidas pelo STF, destaca-se a determinação aos entes federativos de elaborar e implementar planos direcionados à superação das situações degradantes nas unidades prisionais por cada qual administradas. Esses

planos têm como perspectiva o enfrentamento dos “eixos” delineados no bojo do acórdão da ADPF 347.

Nesse contexto, buscando mitigar a impessoalidade inerente às abordagens puramente teóricas e dogmáticas, destaca-se o testemunho de João Luis Silva, ex-detento e articulador da ONG Rio de Paz. Seu relato evidencia a negligência deliberada por parte dos agentes do Estado em relação à preservação das condições mínimas para uma existência digna das pessoas privadas de liberdade, principalmente no que diz respeito ao acesso à saúde.

Uma situação que me marcou muito, que eu sempre cito, é o fato de nós termos acompanhado o processo de morte de uma pessoa. No banheiro de uso coletivo que nós tínhamos, ela começa a se queixar de uma leve dor no peito que corria pelo braço esquerdo. Logo a gente começa, nós e os outros companheiros de prisão começamos a chamar os guardas e os agentes não vieram e ela foi desenvolvendo um processo mais grave do infarto e acabou vindo a óbito... e os agentes não apareceram para socorrê-lo. (Depoimento extraído de JORNAL O GLOBO, 2019a)

Conforme será analisado posteriormente, a presente situação não se configura como um caso isolado no âmbito do sistema carcerário, revelando uma violação sistemática e estrutural dos direitos humanos no ambiente prisional. Isso destaca a necessidade premente de se intervir nas condições carcerárias.

Christiano Silva, ex-detento e estudante de história, traz em seu testemunho relatos de uma estrutura de desumanização absoluta que permeia a infraestrutura, a superlotação carcerária e a negação ao direito à vida digna. Christiano resume a situação dos encarcerados: “enterrados vivos”:

Quando chega em um ambiente de prisão, a primeira coisa que tem... é um jargão que nós usamos é um “enterrado vivo”, você ser um enterrado. Parece que você não pertence mais ao tecido social, você é uma coisa, já é uma coisa à parte (...) A configuração do ambiente lembrava, remetia àquela época medieval, daqueles calabouços, as grades com espaços mínimos... grades que quase você não conseguia colocar o dedo para fora da grade. Dormir em pé, porque não tinha jeito ou então pendurado na grade... e o momento de dormir ou você revezava, um ficava em pé e o outro deitava, ou um dormia para um lado e um dormia para o outro, se você saísse daquela posição, você perdia ali o espaço. O espaço era reduzido automaticamente, quando tu levantava, os corpos fechavam aquele espaço ali e não tinha como você voltar a posição que você saiu, então você tinha que ficar em pé. (Depoimento extraído de JORNAL O GLOBO, 2019b)

Como cogitar qualquer perspectiva de ressocialização diante dessas flagrantes violações aos direitos mais fundamentais à preservação da vida? Este cenário

incita uma profunda reflexão sobre o acesso da população prisional aos serviços de saúde e a qualidade desses serviços.

3. ACESSO À SAÚDE NO SISTEMA CARCERÁRIO

O direito à saúde consagrado constitucionalmente como direito social, juntamente com o direito à educação, à alimentação, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à maternidade protegida e à infância, à assistência aos desamparados, além da garantia de uma renda básica a todos em estado de vulnerabilidade social (art. 6º, CRFB). É evidente que os direitos referidos são interdependentes, de modo que sua efetivação conjunta é crucial e necessária, principalmente quando nos referimos ao direito à saúde.

No âmbito internacional, destaca-se o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”:

Artigo 10

Direito à Saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
 - a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

O acesso aos serviços de saúde e a prestação de atendimento humanizado e qualificado são pressupostos à efetivação da dignidade da pessoa humana e, por consequência, dos direitos humanos.

O artigo 196 da Constituição estabelece atributos atinentes ao direito à saúde, os quais compreendem: 1) a saúde como um direito inerente a todos os indivíduos; 2) a incumbência estatal em fornecer e promover o acesso aos serviços de saúde, por meio de políticas sociais e econômicas; 3) finalidade: prevenir doenças,

assegurar o acesso universal e igualitário aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Note-se que tais atributos se aplicam integralmente no contexto prisional, haja vista que em uma pena cumprida no cárcere tão somente a liberdade de locomoção deverá ser restringida. Nesse sentido a Lei de Execução Penal (LEP) prevê a assistência à saúde, conforme abordado em trabalhos anteriores:

(...) a LEP impõe que deve ser exercida tanto no aspecto preventivo quanto curativo, possibilitando o acesso do preso, quando necessário, a médicos, farmacêuticos e dentistas. O legislador, através da Lei nº 11.942/2009, priorizou o acompanhamento médico destinado à mulher grávida, ao nascituro e, posteriormente, ao recém-nascido. Ressalta-se, ainda, que, caso o estabelecimento prisional não possua a infraestrutura devida para a realização dessa assistência, ela deverá ser fornecida em local diverso à prisão. (CÂNDIDO, 2022, p.156)

Entretanto, o cenário relacionado ao acesso à saúde no cárcere brasileiro mostra-se escancaradamente degradante e violador dos direitos humanos. Tal situação restou evidenciada e relatada no documento “Situação dos direitos humanos no Brasil” no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Sobre os impactos do cárcere ao acesso à saúde, em linhas gerais, a CIDH demonstrou preocupação com: a) a superlotação; b) a alimentação inadequada; c) o confinamento permanente; e d) a situação precária dos serviços de saúde nas prisões brasileiras.

a) *Superlotação*: em suas análises, a CIDH expressou preocupações com a superlotação em estabelecimentos prisionais brasileiros, como o Complexo Penitenciário de Gericinó, onde as pessoas estão alojadas em celas com aproximadamente o triplo da capacidade, “sem acesso a atividades de qualquer tipo e sem banho de sol. No dia da visita, havia apenas 5 agentes para toda a população” (CIDH, p.71). A CIDH ainda expõe que “além da superlotação, os espaços estavam caracterizados pelo mau cheiro, ventilação inadequada e falta de iluminação e luz solar. Além disso, pôde-se constatar a presença de infestação de baratas e ratos nas celas” (CIDH, p71):

A situação das aproximadamente 400 pessoas nas celas “A” e “B” é de particular risco, principalmente devido ao mau estado de saúde em que muitas delas estão. Em muitos casos, essas pessoas foram presas em flagrante no contexto de operações policiais e teriam sido feridas por arma de fogo. A CIDH advertiu sobre o quadro visivelmente infeccioso desses ferimentos e, a esse respeito, foi informada pelo Mecanismo de Prevenção e Combate à Tortura no Rio de Janeiro acerca da falta de pessoal médico para atender tais detentos. Com relação às pessoas detidas e feridas no âmbito das operações

armadas, a CIDH recebeu a preocupante informação sobre o fato de que estas não estavam sendo apresentadas nas audiências de custódia. (CIDH, p.71)

b) *Alimentação inadequada*: a CIDH atribui a inadequação alimentar nas prisões brasileiras principalmente ao baixo valor nutricional dos alimentos fornecidos às pessoas privadas de liberdade, à falta de higiene e ao acesso inadequado à água (CIDH, p.71).

c) *Confinamento permanente*: a CIDH destacou que a insuficiência de pessoal nas instituições de detenção contribui para que os internos permaneçam quase em sua integralidade nas celas, que já são marcadas pela superlotação e pelas condições degradantes, inviabilizando uma perspectiva de reinserção social dos apenados.

Da mesma forma, nas prisões visitadas, a CIDH observou com especial preocupação o confinamento permanente de pessoas privadas de liberdade, inclusive adolescentes, diante da alegada falta de agentes penitenciários nos centros de detenção, que, Cadeia Pública Jorge Santana, registrava 1 agente para quase 366 internos. A Comissão notou que essa situação faz com que os detidos se encontrem praticamente o tempo todo em suas celas (caracterizadas por altos níveis de superlotação e condições deploráveis) e sem acesso a programas educacionais ou relacionados ao trabalho. Nesse sentido, a CIDH reafirma ao Estado que a privação de liberdade sob condições de confinamento prolongado e sem a possibilidade de ter acesso a esses tipos de políticas públicas, além de expor os detidos a maiores abusos e violações de direitos humanos, torna praticamente impossível a sua reintegração social. (CIDH, p.70-1)

d) *Situação precária dos serviços de saúde nas prisões brasileiras*: a CIDH pontuou uma negligência expressiva diante da necessidade de cuidados médicos à população prisional, resultante da escassez de pessoal médico e da falta de medicamentos e equipamentos necessários. Ainda nesse contexto, alertou-se sobre os riscos à saúde que a superlotação carcerária, a higiene precária e a baixa ventilação nas celas podem causar, mormente diante do alto contágio das doenças infectocontagiosas (CIDH, p.72).

Frente ao cenário devastador que vivenciamos, surge a indagação crucial: quais estratégias de políticas públicas podem ser concebidas para assegurar a acessibilidade aos serviços de saúde para os indivíduos privados de liberdade? Nesse contexto, voltaremos nossa atenção para a abordagem da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade (PNAISP).

4. A POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO INTEGRAL À SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E O PAPEL DA ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE EM SUA ESTRUTURAÇÃO

Frente às problemáticas concernentes ao âmbito do cárcere e à própria condição de confinamento como fator de risco para o desenvolvimento de condições agravantes à saúde dos indivíduos, o Ministério da Saúde reconhece a necessidade de intervenção e substituição do antigo Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) e lança a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, pela Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014.

Com o objetivo de cumprir os princípios doutrinários do Sistema Único de Saúde (SUS), cujos lemas incluem universalidade, equidade e integralidade, pela Lei 8.080/90, a instituição dessa política traz a atenção integral à saúde da pessoa privada de liberdade à luz da discussão e foco de atenção na rede assistencial à saúde, já que a PNSSP não contemplava todo o itinerário do cárcere (PNAISP, 2014, p. 5).

Sabe-se que, epidemiologicamente, a ambiência das unidades prisionais contribui para a proliferação de não apenas doenças infectocontagiosas, mas também agravos ligados à saúde mental, dado o descumprimento das normas que deveriam assegurar os direitos de salubridade e convivência desses locais. Como agravante, a violência também é um fator que contribui negativamente para que o cenário de saúde se torne um enorme campo que exige intervenção (BARTOS, 2023).

Assim, como alicerce da implementação dessa política, está a capacitação da Atenção Primária à Saúde (APS) como porta de entrada do sistema e coordenadora do cuidado promovido, por meio das chamadas equipes de atenção básica prisional (EABP), a fim de tentar garantir todos os demais direitos das pessoas privadas de liberdade, especialmente por estarem legalmente sob custódia do Estado (PNAISP, 2014, p. 9).

Sua organização conta com estratégias intra e extramuros, atendendo as necessidades sob demanda e garantindo a integralidade do cuidado, com maior foco, assim como em toda a estratégia do SUS, na resolubilidade da APS, com as próprias instituições carcerárias funcionando como porta de entrada. Apesar de contar com esse elemento chave, a estruturação do PNAISP também oferece o trabalho de serviços hospitalares, de urgência e emergência e de atenção especializada e psicossocial para essa Rede de Atenção, bem como outros serviços, como a Atenção à Pessoa com Deficiência (PNAISP, 2014, p. 21).

Embora seja esta uma questão difusamente debatida por sofrer constantes violações, a constitucionalidade de direitos às pessoas privadas de liberdade é inegá-

vel. Dessa forma, os princípios que sustentam uma rede de atenção capacitada para atender a população civil geral se reconfigura, a partir do PNAISP, dentro das unidades prisionais, numa tentativa de garantir integralidade e humanização em todo e qualquer atendimento e manter os princípios organizacionais de gestão do projeto.

A forma de organização das Equipes de Saúde no Sistema Prisional (ESP) considera: 1) número de pessoas por unidade prisional e 2) demandas de cada unidade no que tange à saúde mental, sendo, ainda, vinculadas a uma unidade básica de saúde do território (PNAISP, 2014, p. 21). Essa formação se assemelha à estratégia adotada para a organização das Unidades Básicas de Saúde, por território, a partir da extensão de uma população, atendendo a Rede de Atenção Primária à Saúde.

A tentativa de garantia dos princípios que norteiam os Direitos Humanos a partir dessa nova política exprime uma preocupação a nível federal dessa coorte. Ademais, busca promover maior qualidade na implementação de políticas, mesmo em um contexto aparentemente tão estagnado em termos sociais, como estatisticamente destacado a seguir:

O Brasil tem 784.009 pessoas privadas de liberdade, sendo que 30% delas – 222.558 pessoas – ainda não foram julgadas, ou seja, são presos provisórios. Além disso, 67% da população prisional do país é composta por pessoas pardas ou pretas, e 75% da mesma população tem baixo grau de escolaridade, não tendo acessado, ainda, o ensino médio. Os dados mostram que a população prisional não é multicultural, sendo o encarceramento uma engrenagem profunda de manutenção das desigualdades. (BARTOS, 2023)

Em síntese, o PNAISP é implementado como medida federal, incorporada pelo Ministério da Saúde atrelado ao Ministério da Justiça, que visa à melhoria da assistência em saúde da população privada de liberdade a partir da Atenção Primária à Saúde como principal estratégia de garantia da integralidade no cuidado (BARTOS, 2023), demonstrando o impacto e a influência que a Atenção Primária à Saúde pode ter sobre os diversos contextos sociais de vulnerabilidade que são apresentados pelo Brasil, bem como sua capacidade de resolubilidade, quando creditada a ser a maneira de tentar alcançar o que jamais antes foi feito – a concretização de um sistema penitenciário que humaniza seus detentos.

5. CONCLUSÃO

Entende-se que ainda há um extenso caminho a ser percorrido no que se refere às ações e políticas públicas necessárias para que a realidade do sistema carcerário brasileiro seja transformada em ambientes que tenham os direitos humanos assegurados, dentre os quais destaca-se a assistência de qualidade à saúde.

Esse impasse decorre do histórico de construção do sistema prisional, dos estigmas sociais estabelecidos e enraizados em âmbito nacional, além da atuação de múltiplos agentes formadores dessas instituições, que, frequentemente, incorporam o punitivismo como método de correção e manejo (COSTA; FERNANDES; ROCHA, 2023, p. 4).

A partir da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, delinea-se uma nova estratégia para tentar estabelecer o direito à saúde de maneira integral, promovendo a assistência ao cuidado normatizada e direcionada, considerando a integralidade e humanização como bases protocolares.

Embora os impasses sejam inúmeros e bastante desafiadores de serem transpostos, a elaboração de um plano de ação representa um considerável avanço para trazer o foco à população prisional, grupo invisibilizado e negligenciado pelo próprio Estado em diversos contextos.

Assim, a partir do trabalho de elaboração dessa política e da correta preparação e atuação dos profissionais de saúde envolvidos no cuidado de pessoas privadas de liberdade, espera-se que a temática da saúde na realidade do cárcere brasileiro sofra melhorias substanciais, que ultrapassem o campo meramente teórico, e se estabeleça como uma aplicação possível dos direitos humanos dentro das diretrizes de saúde delineadas para a população prisional.

BIBLIOGRAFIA

BARTOS, M. S. H. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional: uma reflexão sob a ótica da intersetorialidade. Scielo, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/hvz7ZLGjrnB8LgrfdbLXsbc/?lang=pt>. Acesso em: 10 mai 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional**. 2014. Disponível em: <https://www.as.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/Cartilha-PNAISP.pdf>. Acesso em: 10 mai 2024.

CÂNDIDO, G. C. **O princípio da dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da execução da pena privativa de liberdade**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 30, p. 144–164, 2022. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/495>. Acesso em: 19 mar 2024.

CIDH. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em 28 fev 2024.

COSTA, R. P.; FERNANDES, M. N.; ROCHA, G. F. **Trabalho no cárcere: controle social, políticas penais e ambivalências**. Scielo, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dilemas/a/VsNtWhbKGGbZzv7MygvbkDz/?lang=pt>. Acesso em: 10 mai 2024.

JORNAL O GLOBO. **Nas prisões, doenças matam mais que violência** | Violência Encarcerada. Rio de Janeiro, 2019a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WvVnQsa2Qlo>. Acesso em 2 fev 2024.

JORNAL O GLOBO. **A superlotação nos presídios** | Violência Encarcerada. Rio de Janeiro, 2019b. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=W0YjKTKQMgQ>. Acesso em 2 fev 2024.

STF. **ADPF 347**, Petição Inicial. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>. Acesso em: 2 fev 2024.

STF. **ADPF 347**, Acórdão, Relator: Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, j. 4-10-2023, DJe. 18-12-2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf>. Acesso em: 2 fev 2024.

SUPREMOCRACIA E REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E PONTUAL DA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 323-DF

SUPREMOCRACY AND LABOR REFORM IN BRAZIL: CRITICAL AND POINTED ANALYSIS OF ADPF 323-DF

Nathália Ferreira Brito Spinelli¹
Maria Soledade Soares Cruzes²

RESUMO: A Supremocracia representa a centralização intensa de poder no Supremo Tribunal Federal, resultando em desequilíbrio e concentração considerável de autoridade. Nesse contexto, surge a “Batalha dos Poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário, que retrata o contínuo embate entre diferentes instituições que competem pela influência e controle da ordem jurídica do País, moldando a dinâmica das relações de poder em nossa sociedade. É neste cenário que surge a Reforma Trabalhista, marcada pela flexibilização de direitos dos trabalhadores, como a proibição da ultratividade no âmbito da negociação coletiva. Com isso, o embate entre os poderes se torna palpável quando o Tribunal Superior do Trabalho, o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADPF nº 323-DF. Nesse sentido, apresenta-se o problema de pesquisa: em que medida o fortalecimento de uma Suprema Corte, com membros legitimados para atuar em defesa de direitos e garantias fundamentais, conforme previsão em uma Constituição ampla, frente ao enfraquecimento de direitos decorrente da Reforma Trabalhista, promovida pelos poderes Legislativo e Executivo, induz o início de uma crise na divisão

1 Nathália Ferreira Brito Spinelli. Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb). Membro do Olaria – Grupo de Pesquisa em Trabalho, Direito e Democracia. Discente/pesquisadora de Iniciação Científica vinculada ao projeto de pesquisa intitulado “Pós-Democracia e Direito do Trabalho no Brasil: Análise sob a Perspectiva da Reforma Trabalhista”. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia na Comarca de Vara Plena do Município de Ituaçu. Unidade da Federação: Vitória da Conquista - BA. Email: nathaliafbspinelli@gmail.com. O trabalho é inédito, fruto da pesquisa elaborada em iniciação científica sob a orientação da Professora Dra. Maria Soledade Soares Cruzes.

2 Maria Soledade Soares Cruzes. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Possui Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual: Grandes Transformações, pela Unama/Rede LFG. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb). É professora, em regime de dedicação exclusiva, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (Uesb). Pesquisadora líder do Olaria - Grupo de Pesquisa em Trabalho, Direito e Democracia (Uesb) e responsável pelo projeto de pesquisa Pós-democracia e Direito do Trabalho no Brasil: análise sob a perspectiva da Reforma Trabalhista. Unidade da Federação: Vitória da Conquista - BA. Email: maria.soledade@uesb.edu.br.

de Poderes no Brasil? Consiste pesquisa bibliográfica e exploratória, desenvolvida por meio da revisão de literatura e concretizada na análise interdisciplinar e crítica de textos legislativos, constitucionais, obras jurídicas e de ciência política. Vale-se, também, da metodologia de estudo de casos para analisar, de forma crítica, decisões do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, com repercussão na temática proposta, em especial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323-DF. Com isso, foi possível conhecer a Constituição da República, de modo que foi compreendido o sistema de freios e contrapesos em que os Poderes estão inseridos, além da competência superlativa do Supremo, frente à proteção de uma Constituição ampla, que culmina no fenômeno da Supremocracia. Além disso, vislumbrou-se todo o percurso feito para aprovação da Reforma Trabalhista, elaborada por um grupo liberal, protetor dos detentores do capital, em consonância aos ditames pós-democráticos. Por fim, foi realizada uma análise de forma crítica da ADPF 323-DF e o chancelamento acerca da proibição da ultratividade da negociação coletiva, culminando em inúmeras consequências para os trabalhadores, como a incerteza nas condições de trabalho, negociações mais desequilibradas, variação nas condições de trabalho, impacto sobre a representatividade sindical e maior risco de conflitos.

Palavras-chave: Negociação, Poder, Reforma, Supremocracia, Trabalho, Ultratividade.

ABSTRACT: Supremocracy signifies the intense centralization of power in the Supreme Federal Court, leading to significant authority imbalance. This sparks battles among the Executive, Legislative, and Judicial branches, shaping power dynamics in society. Within this framework, the Labor Reform emerges, marked by workers' rights flexibility, including the prohibition of ultratividade in collective bargaining. Consequently, power struggles manifest particularly in the context of the Superior Labor Court, the Legislature, and the Supreme Federal Court during the ADPF No. 323-DF trial. The research problem is articulated: to what extent does the strengthening of a Supreme Court, whose members are legitimized by defending fundamental rights and guarantees, as foreseen in a broad Constitution, amid the weakening of rights resulting from the Labor Reform promoted by the Legislative and Executive branches, lead to a crisis in the division of Powers in Brazil? The study employs bibliographic and exploratory research, involving literature review and interdisciplinary analysis of legal, constitutional, juridical, and political science texts. Additionally, it adopts a case study methodology to critically analyze decisions of the Superior Labor Court and the Supreme Federal Court, particularly those

related to ADPF No. 323-DF. Through this approach, an understanding of the Brazilian Constitution and the system of checks and balances in which the branches of power are embedded is gained, alongside the Supreme Court's overarching authority in safeguarding a broad Constitution, leading to the phenomenon of Supremocracy. Moreover, the study delves into the process leading to the approval of the Labor Reform, crafted by a liberal group advocating for capital holders, in line with post-democratic dictates. Finally, a critical analysis of ADPF No. 323-DF is conducted, focusing on the endorsement of the prohibition of ultratividade in collective bargaining, resulting in numerous consequences for workers, such as uncertainty in working conditions, imbalanced negotiations, fluctuating work conditions, impact on union representation, and increased risk of conflicts.

Keywords: Negotiation, Power, Reform, Supremocracy, Work, Ultrativeness.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 (CRFB/88) estabeleceu um novo Estado Democrático de Direito no Brasil, marcando o advento do neoconstitucionalismo. Reconhecendo sua supremacia, a CRFB/88 atribuiu ao Judiciário o papel de guardião dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais. O fenômeno da Supremocracia, destacado por Oscar Vilhena Vieira, evidencia o poder centralizado no Supremo Tribunal Federal (STF). Esse protagonismo gera debates sobre os limites dos Poderes e a necessidade de deferência e responsividade do Judiciário. A “Batalha de Poderes” revela a tensão entre a atuação do STF e os princípios democráticos, destacando a importância de preservar o equilíbrio entre os Poderes.

A Reforma Trabalhista, promulgada em meio à era neoliberal, reflete um cenário de pós-democracia, em que o poder econômico influencia a política, priorizando interesses privados sobre públicos. O processo de reforma, fortaleceu a elite econômica, resultando em mudanças na legislação trabalhista. Aprovada sob a justificativa de modernização, a reforma desconsidera princípios constitucionais, fragilizando direitos trabalhistas e restringindo a atuação judicial. A alteração na negociação coletiva, com a proibição da ultratividade, impacta a estabilidade e segurança dos trabalhadores, favorecendo a flexibilização em detrimento da proteção laboral. O debate, encerrado com a ADPF 323-DF, evidencia tensionamentos entre interesses empresariais e direitos trabalhistas.

A ADPF 323-DF questionou a constitucionalidade da Súmula 277 do TST, que permite a ultratividade de normas coletivas, confrontando a Reforma Trabalhista. O STF, em sua maioria, considerou-a inconstitucional, respaldando o Legislativo e restringindo o poder judicial na interpretação das leis, evidenciando seu papel político no processo democrático brasileiro.

2. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988 E A SUPREMOCRACIA

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República de 1988 (CF/88), escrita e promulgada após Ditadura Militar, trouxe consigo uma natureza ambiciosa. Incumbida de liderar o processo de mudança social, delineou o novo Estado Democrático de Direito, transcendeu temas propriamente constitucionais, regulando as relações políticas, jurídicas, sociais e econômicas. Desse modo, ela abarcou a maioria das necessidades do País naquele momento. Com isso, foi estabelecida uma ordem concreta de valores para o Estado e sociedade.

Dirley da Cunha Júnior³ destaca que: “o reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, estabeleceu papéis de atuação para os órgãos de direção política.”. Assim, uma Constituição ampla e ambiciosa foi promulgada, consolidando o sistema democrático, fortalecendo o neoconstitucionalismo no Brasil e aprimorando a teoria jurídica assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

Ao analisar o neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso⁴ asseverou que “o pano de fundo no qual se desenvolve a presente narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais; (ii) um regime democrático; (iii) a existência de uma jurisdição constitucional”.

Nesse sentido, com a jurisdição constitucional a CF/88 objetivou efetivar a ordem jurídica e impor, através do Poder Judiciário, a obediência das regras que regulam as situações jurídicas. Luís Roberto Barroso se destaca por seu esforço em sistematizar o neoconstitucionalismo no Brasil de maneira objetiva, abordando a trajetória do Direito Constitucional nas últimas décadas e identificando três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo jurídico. Este está associado tanto à superação histórica do jusnaturalismo quanto ao fracasso político do positivismo jurídico, pavimentando o caminho para um amplo e ainda em desenvolvimento conjunto de ideias sobre o Direito, sua função social e sua interpretação, reaproximando o Direito da Moral e da Filosofia.

Os marcos teóricos do neoconstitucionalismo refletem grandes transformações que revolucionaram o pensamento tradicional sobre a interpretação e aplicação do direito à luz da Constituição, resultando em verdadeiras mudanças de paradigma. No Brasil, o marco histórico do neoconstitucionalismo foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela protagonizou.

A Carta Constitucional de 1988 desempenhou um papel crucial na transição do Brasil de um regime autoritário para um Estado democrático de direito e tem proporcionado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Boaventura de Sousa Santos observa a manifestação desse fenômeno no Brasil, correlacionando com a conscientização da população no que tange aos seus direitos e ao aumento da exigibilidade. Com efeito, afirma o autor:

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. p 41.

4 BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX**. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 4 Edição Comemorativa, p. 14-36, s.d. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/35777/25701>. Acesso em 16 de jan. de 2024. p. 3.

Mesmo descontando a debilidade crónica dos mecanismos de implementação, a Constituição de 1988 veio aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias, de tal forma que a execução deficiente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais. Acresce o facto de, também a partir da Constituição de 1988, se terem ampliado os mecanismos e as instituições a que se pode lançar mão para recorrer aos tribunais, como, por exemplo, a ampliação da legitimidade para a propositura de acções directas de inconstitucionalidade, a possibilidade de as associações interporem acções em nome dos seus associados, a consagração da autonomia do Ministério Público e a opção por um modelo público de assistência jurídica e promoção de acesso à justiça. A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos.⁵

Luís Roberto Barroso⁶ também afirma que essa constitucionalização abrangente, conduziu para a Constituição algumas matérias anteriormente deixadas para o processo político. Assim, no momento em que uma questão é regulada pela Constituição, ela se transformará em uma pretensão jurídica e a consequência será uma majoração da litigiosidade constitucional.

Em conclusão, os marcos teóricos do neoconstitucionalismo no Brasil, impulsionados pela Constituição de 1988 e o subsequente processo de redemocratização, evidenciam uma transformação profunda na interpretação e aplicação do direito constitucional. A Carta de 1988 não apenas consolidou a transição do país para um Estado democrático de direito, mas também fortaleceu o papel da Constituição como um instrumento vital na promoção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

2.2 FENÓMENO SUPREMOCRÁTICO

A via judicial foi reconhecida como uma forma de alcançar direitos possivelmente violados, com o aumento de expectativas dos cidadãos para a efetivação dos direitos e garantias previstos na CRFB/88. Desse modo, fez-se necessário o fortalecimento da Suprema Corte, colocando-a no centro da arena política, como instância para guiar e vigiar a implementação da nova Constituição, incumbindo-o da função de guardião moderador da Carta Magna.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 23.

6 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (Syn) thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, s.d., 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 de fev. de 2024. p. 5.

O Supremo Tribunal Federal, anteriormente nomeado como Suprema Corte, foi criado pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça. Ele foi estabelecido como o mais alto órgão jurisdicional do País, após o período de instabilidade política decorrente da ditadura militar no Brasil, sua elevada posição na estrutura judiciária refletiu a importância atribuída à defesa da Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

A sobreposição das funções atribuídas ao Supremo reflete a expansão da sua autoridade. Com uma forte estratégia de proteção, os parlamentares participantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 concederam amplos poderes ao Supremo, de modo que fosse possível o bloqueio de decisões emitidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, quando estes viessem a ameaçar o pacto constituinte⁷.

O professor Oscar Vilhena Vieira⁸ cunhou o conceito de Supremocracia, fazendo uma espécie de analogia ao termo Juristocracia cunhado pelo cientista político canadense Ran Hirschl⁹. Enquanto Hirschl faz referência a uma tendência mundial de transferência dos poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, Oscar Vilhena Vieira refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais Poderes.

A existência de um regime democrático implica a presença de um conjunto de regras procedimentais e processos de tomada de decisão aos quais todos os atores políticos devem aderir. A persistência e a estabilidade de tal sistema, a seu turno, demanda pelo menos um judiciário semi-autônomo e supostamente apolítico, cuja função será servir como um árbitro imparcial nas disputas relativas ao escopo e à natureza das regras fundamentais do jogo político. Igualmente, a revisão judicial é um pré-requisito de governança democrática em países que adotam o regime federativo, com várias instâncias de poder.¹⁰

Para o professor constitucionalista brasileiro, é válido inferir que são múltiplos os fatores que culminam na Supremocracia, sendo eles: (i) a hiperconstitucionalização; (ii) sobreposição de atribuições e; (iii) ampliação do acesso ao tribunal¹¹.

7 NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed., rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 805.

8 VIEIRA, Oscar. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 162.

9 HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Tradução. Campinas: Educação Direito e Alta Cultura, 2020. p. 354.

10 HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Tradução. Campinas: Educação Direito e Alta Cultura, 2020. p. 76.

11 VIEIRA, Oscar. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 171.

Em primeiro lugar, para o autor, a hiperconstitucionalização caracterizada pela extensa regulamentação de diversas matérias na Constituição de 1988, representa uma resposta ao histórico de instabilidade política e autoritarismo do país. Este fenômeno reflete uma tentativa de garantir direitos fundamentais e promover a justiça social através de um arcabouço jurídico robusto e detalhado.

Acerca da sobreposição de atuações, Marcelo Novelino¹² afirma que, como consequência deste desígnio de guardião, a CRFB/88 trouxe uma competência superlativa para o STF. Com isso, incumbiu ao Supremo: o mandado de injunção (obrigando a elaboração de normas complementares, referentes a texto constitucional para garantia de um direito), a ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (para a preservação de direitos ameaçados) e o habeas data (garantindo publicidade ampla de arquivos e informações oficiais).

E, por fim, o terceiro fator traçado por Oscar Vilhena Vieira é a ampliação do acesso ao Supremo. Como por exemplo, os legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Executivo federal e estadual, que cabia somente ao procurador da República, passando a abarcar também o presidente da República, os presidentes do Senado, da Câmara ou de assembleia legislativa, a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos e entidades sindicais de âmbito nacional.

Destarte, a maioria das movimentações sociais dos legisladores e administradores, por tratarem de questões reguladas pela Constituição, podem gerar incidentes de inconstitucionalidade, concedendo ao Supremo a possibilidade de cancelar ou não as alterações legislativas.

A divisão dos Poderes, estabelecida pelo pensador francês Montesquieu¹³, definiu o modelo clássico tripartite, em que ocorre a separação entre as funções administrativa, legislativa e jurisdicional no Estado. Neste modelo, a função de legislar caberia ao Legislativo, criando direitos e obrigações por meio da edição de leis; a função administrativa seria atribuída ao Executivo; e, por fim, a função de interpretar e aplicar a lei, seria desempenhada pelo Judiciário.

Essa teoria deu origem ao sistema de freios e contrapesos, segundo o qual os Poderes do Estado mutuamente se controlam, de modo que as diferentes funções se autorregulam, com a finalidade de evitar a concentração de poder nas mãos de um só. Dessa forma, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco

12 NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed., rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 815.

13 MONTESQUIEU. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 231 p.

sobre as atividades de cada um, impedindo a supremacia de uma instância, capaz de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais¹⁴ (Barroso, 2012).

Ao exercer uma de suas funções, a de tribunal constitucional, o Supremo julga por ação direta de constitucionalidade, leis e atos normativos produzidos no âmbito federal e estadual. Com essa expansão de acesso ao Tribunal, explicitada anteriormente, foi concedida ao STF a deliberação final de temas constitucionais no sistema político brasileiro, “ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo escolhas majoritárias.”¹⁵

Portanto, essa maior atuação do STF não apenas expande suas responsabilidades, mas também introduz um dinamismo significativo no cenário político e jurídico do país. Assim, a Supremocracia, para Oscar Vilhena Vieira, traz que, o STF ao se envolver mais ativamente nos aspectos políticos e sociais, pode inadvertidamente perturbar o delicado equilíbrio entre os poderes estabelecido pela teoria da separação de poderes. Isso cria um contexto em que o Judiciário, por meio da Suprema Corte, detém a autoridade decisória final sobre questões controversas que envolvem os outros poderes, assumindo um papel de controle e supervisão.

2.3 DELIMITAÇÃO DA SUPREMOCRACIA NA “BATALHA DOS PODERES” DO BRASIL

É importante reconhecer que a atuação mais ampla do STF também reflete desafios e dilemas fundamentais na estrutura governamental. O poder decisório concentrado nas mãos do Judiciário, especialmente quando se trata de questões políticas e sociais sensíveis, pode gerar debates intensos sobre o papel e os limites dos poderes constituídos.

A tripartição de Poderes, um dos pilares fundamentais dos sistemas democráticos, enfrenta desafios significativos. O crescente mal-estar em relação aos freios institucionais é evidenciado pela tendência de recorrer ao Supremo Tribunal Federal como árbitro final em diversas questões. Isso reflete um enfraquecimento do sistema representativo, resultado da crescente desconfiança da sociedade em relação aos políticos do país.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, s.d., 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 de fev. de 2024. p. 7.

15 VIEIRA, Oscar. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 165.

Para além disso, Lenio Streck¹⁶ preleciona que os Poderes Executivo e Legislativo aparentam não levar em conta alguns dos valores constitucionais pactuados em 1988, baseados no compromisso social:

[...] de um lado, as promessas da modernidade (incumpridas) previstas na Constituição que esperam efetivação a partir dos mecanismos da democracia representativa; de outro, em face da inefetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando aos tribunais e a discussão acerca dos limites de sua atuação.¹⁷

Entretanto, mesmo com essa confiança dada ao STF, Oscar Vilhena Vieira¹⁸ afirma que são necessárias duas posturas institucionais essenciais do Judiciário nesta "Batalha dos Poderes": deferência e responsividade. Por deferência entende-se que as decisões dos legisladores devem ser respeitadas em alto grau pelos tribunais - uma das consequências da separação de Poderes - isso porque os Poderes Legislativo e Executivo, mesmo com a desconfiança, são eleitos pela população e, por isso, são os representantes da maioria.

Contudo, a deferência não pode ser confundida como omissão. Para o autor, o STF agirá conforme suas atribuições ao verificar a constitucionalidade das normas. É a partir desse ponto que começa a responsividade das decisões, em que o Poder Judiciário deverá prover meios para que a efetividade da Constituição seja o mais ampla possível, mas sempre observando o limite entre responsividade e usurpação.

Para além disso, o autor Sérgio Abranches também afirma que a função intermediadora conferida ao Supremo, "escapa dos mecanismos de vigilância e fiscalização" conferidos pelo sistema de freios e contrapesos. Destaca, ademais, que as ações do Poder Judiciário com o viés político "tem legitimidade restrita, alto potencial para controvérsias e se dá nos limites da democracia"¹⁹.

16 STRECK, Lenio Luiz. **O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas**. MIRANDA, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; MORAES, José Luiz Bolzan de; (org). Estudos Constitucionais. 1ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007, p. 177-195.

17 STRECK, Lenio Luiz. **O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas**. MIRANDA, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; MORAES, José Luiz Bolzan de; (org). Estudos Constitucionais. 1ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007, p. 179.

18 VIEIRA, Oscar. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 175.

19 ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. p. 367.

Como bem sinaliza Lunardi²⁰, para a diminuição dessa entrega decisória ao STF, caberá aos atores políticos, a realização de um controle *ex ante*, para filtrar a constitucionalidade e legalidade das normas. Nesse sentido, verificará, antes da promulgação de leis e medidas provisórias, a confirmação da legalidade envolvendo o seu teor, “incluindo entendimentos jurisprudenciais do Supremo e outros tribunais”.

Ao impor que a política passe previamente pelo filtro da constitucionalidade e da legalidade, contribui para a democracia brasileira e para o Estado de Direito. Além disso, é preciso considerar que alguns tipos de políticas são mais propensos a ter contestação que outros.²¹

Contudo, este controle por mais necessário que seja, pode não ser suficiente, porque o percebido atualmente é uma espécie de contestação política, exercida por meio do Judiciário, de partidos contrários àqueles que obtiveram a coalizão necessária para aprovação de determinada norma. Se o partido obtém uma base aliada mais robusta, as reformas a serem adotadas terão menos contestação política e, por consequência, menos judicialização.

A supremocracia encontra-se em evidente tensão com concepções majoritárias da democracia, em que a última palavra sobre temas relevantes à sociedade deve ficar reservada à vontade da maioria [...] o Brasil optou por um modelo robusto e consensual de democracia, em que a vontade da maioria nem sempre triunfa e as decisões da maioria não podem impactar negativamente as próprias regras do jogo democrático, seus pressupostos nem os direitos fundamentais.²²

A Supremocracia está em conflito com alguns entendimentos do conceito de democracia, na qual acreditam que os temas relevantes à sociedade deverão obedecer a vontade da maioria. Desse modo, cabe ao Supremo exercer sua função de guardião do Pacto Constitucional de 88, sob a égide necessária para tal fim. Sem usurpação do seu poder, com o exercício de uma jurisdição constitucional que proteja os direitos fundamentais, inclusive, quando a maioria errar, para que as decisões equivocadas, tomadas no Legislativo e Executivo, não coloquem o jogo democrático em risco.

20 LUNARDI, Fabrício. **O STF na Política e a Política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 45.

21 LUNARDI, Fabrício. **O STF na Política e a Política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 47.

22 VIEIRA, Oscar. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 210.

Dessa forma, conclui-se que a “Batalha dos Poderes” no Brasil reflete as tensões inerentes à tripartição dos Poderes e a atuação do STF como árbitro final em questões sensíveis, com a finalidade de proteger do Estado Democrático de Direito. Com isso, a deferência e a responsividade são cruciais para que o STF possa verificar a constitucionalidade das normas sem usurpar o papel dos legisladores.

3. A REFORMA NEOLIBERAL APROVADA

3.1 A QUEM INTERESSAVA A REFORMA TRABALHISTA?

No prefácio à edição brasileira de “A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal”, Pierre Dardot e Christian Laval afirmam que as crises que enfrentamos não foram suficientes para eliminar o neoliberalismo. Na verdade, essas crises representam uma oportunidade para a classe dominante se fortalecer e intensificar essa racionalidade, culminando na era pós-democrática.

Entender o neoliberalismo politicamente requer compreender o projeto social e político que ele vem promovendo desde os anos 1930. Ele apresenta uma visão específica da democracia que, em muitos aspectos, é antidemocrática: o direito privado deveria estar isento de qualquer deliberação e controle, inclusive pelo sufrágio universal. Por isso, a lógica descontrolada de fortalecimento e radicalização do neoliberalismo segue um cenário histórico diferente do dos anos 1930, quando houve uma revisão das políticas do “laissez-faire”. Esse sistema fechado impede qualquer autocorreção, especialmente devido à desativação do jogo democrático e, em certos aspectos, da própria política. O sistema neoliberal está nos conduzindo à era pós-democrática.²³

Colin Crouch²⁴ cunhou o termo “pós-democracia” para descrever uma forma de democracia liberal, caracterizada principalmente pela participação eleitoral, liberdade de lobby empresarial e uma postura política que evita interferências na economia capitalista, com menos foco no envolvimento amplo dos cidadãos ou de organizações não empresariais.

Ao tratar da Pós-Democracia, Casara²⁵ afirma que a aproximação do poder econômico ao poder político influencia na mudança da relação entre a esfera pública e a esfera privada. Dessa maneira, com a prevalência dos interesses particulares

23 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 19.

24 CROUCH, Colin. **Post-democracy**. Uk: Polity, 2017. p. 02-04.

25 CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 23.

dos possuidores do poder econômico, a consequência direta será o fortalecimento dos projetos da esfera privada, tornando o poder político subordinado a ele.

Em que pese algumas diferenças pontuais na visão da pós-democracia, assim como Crouch, que valoriza uma democracia ideal onde os cidadãos comuns participam ativamente na definição da agenda pública através de discussões e organizações independentes, Casara destaca que para o Estado Democrático de Direito ser verdadeiramente substancial e constitucionalmente democrático, não basta apenas ter democracia formal baseada em eleições universais e participação popular nas decisões. Também é essencial que haja respeito pelos direitos e garantias fundamentais.

Em razão disso, Rubens Casara²⁶ publiciza que no Brasil, no momento em que os detentores do capital necessitavam inserir seus interesses privados acima dos interesses públicos, surgiu o processo de impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, com a finalidade de estabelecer no poder um grupo que representava a ordem econômica e suas prioridades. Assim, com o impeachment/golpe de Dilma Rousseff, ocorreu a ascensão deste grupo que prezava o poder econômico acima do político.

Em outras palavras, é necessário destacar que o capitalismo, que no passado fez concessões ao proletariado para garantir sua expansão e sobrevivência, não demonstra a mesma disposição no atual cenário de avanço da pós-democracia. Nesse contexto, Rubens R. R. Casara é enfático:

O afastamento ou “flexibilização” das normas que visavam proteger o trabalhador, a precarização do emprego e das condições de trabalho, o contrato de trabalho intermitente (contrato zero-hora), a fragilização dos sindicatos e o controle ideológico sobre a parcela da magistratura trabalhista que ousa resistir aos ataques à Constituição da República são sintomas pós-democráticos, ou seja, visam afastar obstáculos aos interesses dos detentores do poder econômico em detrimento da realização do projeto constitucional de vida e trabalho digno para todas e todos.²⁷

Em decorrência disso, uma série de reformas liberalizantes foram propostas, dentre elas a Reforma Trabalhista, que impactou todo o ordenamento jurídico trabalhista. Concretizada no governo de Michel Temer, por meio da aprovação da Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, com a justificativa de modernização, a Reforma dissociada do texto constitucional, pautado na dignidade da pessoa humana, trouxe

26 CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 209.

27 CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 38.

em seu texto a marca excludente, desigual e segregacionista que a elite econômica espelha²⁸

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado²⁹ argumentam que a Lei n. 13.467/2017 está profundamente dissociada dos princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988. Afirmam que a reforma legislativa é contrária à concepção do Estado Democrático de Direito, aos princípios humanísticos e sociais constitucionais, ao conceito de direitos fundamentais da pessoa humana no contexto trabalhista e à compreensão constitucional do Direito como um instrumento de civilização.

Para Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo a reforma trabalhista representa uma afronta ao projeto constitucional estabelecido no Brasil:

Por ser ilegítima, a Lei nº 13.467/17, que resultou da reforma, não deve ser aplicada, sob pena de se conferir um tom de normalidade ao grave procedimento em que se baseou, que melhor se identifica como um atentado à ordem democrática e como uma ofensa ao projeto constitucional baseado na proteção da dignidade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da prevalência dos Direitos Humanos, da função social da propriedade, da melhoria da condição social dos trabalhadores, da política do pleno emprego e da economia regida sob os ditames da justiça social³⁰.

A Reforma Trabalhista foi inicialmente apresentada à Câmara dos Deputados com um projeto de apenas sete artigos, focados na valorização da negociação coletiva. Ainda no Congresso Nacional seu texto foi transformado, sem a devida discussão ampla e abrangente como preconiza a CF/88, dando espaço a uma porção de alterações nos dispositivos centrais da CLT.

Em seu parecer, o relator da Reforma, o então deputado Rogério Marinho, afirmou que:

Em nosso país, além do excesso de normas trabalhistas, elas são muito rígidas. E essa rigidez, por sua vez, provoca um alto grau de insegurança jurídica na contratação do trabalhador, fazendo com que, primeiro, o empregador

28 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2019. p. 76.

29 DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 39.

30 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista**: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 6, n. 9, p. 145-177, out. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/130413/2017_maior_jorge_acesso_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 de abr. de 2024. p. 1.

tenha receio de contratar a mão de obra e, depois, que investimentos importantíssimos para o crescimento do País sejam direcionados a outros países³¹.

Nota-se uma clara prevalência da racionalidade neoliberal, que denota preocupação muito maior com os interesses dos empregadores do que com os direitos básicos conquistados pelos trabalhadores em sua luta histórica por melhores condições de vida e labor. Nesse sentido, o autor Carlos Eduardo Oliveira Dias ressalta que a aprovação da Reforma Trabalhista instituiu um verdadeiro *lawfare* trabalhista, expressão cujo resultado da contração das palavras *law* (lei) e *fare* (guerra), ou seja, o uso estratégico da lei como arma para atingir objetivos políticos, no presente caso seria “o uso ilegítimo da legislação com a (...) criação de instrumentos destinados a coibir o exercício de ação por parte de trabalhadores.”³²

Para a elite econômica, os trabalhadores são tidos como indesejáveis, inimigos do mercado, por isso, devem ser coibidos e silenciados. O jurista Rubens Casara diz que, “na pós-democracia, inimigo é todo aquele que não possui valor de uso dentro da racionalidade neoliberal”³³. O desfecho dessa problemática se deu com a aprovação às pressas da Reforma Trabalhista, eivada de inconsistências, contradições e cerceamento de direitos.

A Reforma alterou inúmeros dispositivos da CLT, além de restringir a atuação da Justiça do Trabalho. Uma ampliação significativa da flexibilização trabalhista, com o uso do pretexto de “modernização”, quando, na verdade, ocorreu a precarização nas relações de trabalho com a diminuição na estabilidade, segurança e garantias trabalhistas.

3.3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA E ULTRATIVIDADE

Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado³⁴ a negociação coletiva trabalhista desempenha um papel crucial na melhoria e aprimoramento das condições de contratação e gestão de trabalho nas empresas. Este mecanismo está

31 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Relator Deputado Rogério Marinho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 16 de jul. de 2024.

32 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **O Trabalho em Movimento** – Estudos Críticos de Direito do Trabalho. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 229.

33 CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 75.

34 DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017.** 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 248.

em conformidade com a estrutura e lógica jurídicas do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido:

A função [...] é a razão de ser e de existir de coisas, pessoas ou instituições. Ao se questionar sobre a função de algo ou de alguém, surge, imediatamente, indagação quanto a sua finalidade. Enfim, a negociação coletiva serve para quê? Qual é a sua função? A resposta é simples e evidente. A negociação coletiva tem a função de aproximar os litigantes com o objetivo de encerrar o conflito criado entre eles e, evidentemente, a partir do consenso, estipular condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.³⁵

A aprovação da Reforma trouxe alterações importantes no âmbito da negociação coletiva, como: I) prevalência do negociado sobre o legislado; II) delimitação de temas que não podem ser abarcados na negociação coletiva; III) vedação de exame judicial do conteúdo de acordos coletivos; IV) predomínio do acordo coletivo sobre a convenção coletiva e, por fim V) a proibição da ultratividade da negociação coletiva³⁶.

Conforme prega Mauricio Godinho Delgado³⁷, a negociação coletiva é classificada como uma das formas de autocomposição. No entanto, trata-se de uma forma de autocomposição essencialmente democrática, lidando com interesses profissionais e econômicos de grande relevância social. Portanto, não deve ser confundida com renúncia ou submissão, mas sim focar principalmente na transação (daí o termo “transação coletiva negociada”).

O autor aponta que, a negociação coletiva é um processo no qual representantes dos trabalhadores, geralmente sindicatos, e empregadores se reúnem para discutir e negociar os termos e condições de trabalho. Essa negociação envolve uma série de questões, como salários, benefícios, jornada de trabalho, condições de saúde e segurança, entre outros aspectos relacionados ao emprego.

Durante a negociação coletiva, as partes buscam chegar a um acordo mútuo que atenda aos interesses e necessidades tanto dos empregados quanto dos empregadores. É um processo baseado no diálogo, na troca de informações, propostas e

35 MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023. p. 1144.

36 DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed., rev, atual, e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

37 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm 2024. p. 1640.

contrapropostas, com o objetivo de alcançar um consenso que seja justo e equilibrado para ambas as partes.

O presente trabalho analisará, particularmente, o quinto ponto de alteração: a ultratividade de norma coletiva. A ultratividade é um conceito que se refere à aplicação dos termos e condições estabelecidos em uma convenção ou acordo coletivo de trabalho mesmo após o término de sua vigência. Dessa forma, quando a ultratividade é permitida, as cláusulas do documento continuam válidas até que um novo seja firmado³⁸.

Delgado também afirma que o objetivo principal da ultratividade é proteger a continuidade das condições de trabalho pactuadas, evitando a desregulamentação súbita e resguardando os direitos e benefícios dos trabalhadores durante o intervalo de tempo de uma nova negociação para estabelecer um novo acordo ou convenção.

A primeira abordagem do autor, conhecida como aderência irrestrita ou ultratividade plena, defende que as disposições desses diplomas se incorporam permanentemente aos contratos individuais, não podendo ser retiradas deles, conferindo-lhes os efeitos das cláusulas contratuais. Para Delgado, embora essa perspectiva tenha sido prevalente na jurisprudência anterior à Constituição de 1988, que reconheceu o real poder normativo da negociação coletiva, sua influência diminuiu ao longo do tempo.

Em contrapartida, outra perspectiva apresentada por Delgado, denominada aderência limitada pelo prazo ou sem ultratividade, sustenta que as disposições dos acordos e convenções coletivas vigoram apenas pelo período estabelecido nos próprios documentos, não aderindo indefinidamente aos contratos de trabalho. Ele narra que visão foi particularmente influente na jurisprudência durante um período significativo após 1988, dada a ampla possibilidade de acesso aos dissídios coletivos de natureza econômica garantida pela Constituição original.

Por fim, ele ilustra uma terceira abordagem, considerada uma posição intermediária, defende a aderência limitada por revogação ou ultratividade relativa das normas coletivas negociadas. Segundo essa perspectiva, os preceitos dos acordos e convenções coletivas permanecem em vigor até que sejam revogados por novo diploma legal. Essa revogação pode ocorrer explicitamente ou tacitamente, e é considerada tecnicamente mais correta e doutrinariamente mais sábia, pois mantém

38 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2019. p. 1675.

a natureza provisória das normas coletivas, incentivando a negociação contínua e garantindo a harmonia com os objetivos do Direito Coletivo do Trabalho³⁹.

Essa segurança é consideravelmente importante quando existem muitas divergências e dificuldades nas negociações entre os representantes dos trabalhadores e dos empregadores. Na Reforma Trabalhista, o novo parágrafo 3º do artigo 614 da CLT vedou, taxativamente, que os documentos coletivos negociados tenham prazo de vigência superior a 02 (dois) anos, inserindo a proibição da ultratividade, que não era prevista anteriormente.

Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

§ 1º As Convenções e os Acordos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo.

§ 2º Cópias autênticas das Convenções e dos Acordos deverão ser afixados de modo visível, pelos Sindicatos convenientes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de 5 (cinco) dias da data do depósito previsto neste artigo.

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.⁴⁰

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado⁴¹ apontam que a falta de ultratividade pode desestimular o empregador a participar das negociações coletivas, uma vez que, ao permanecer passivo, poderá apenas aguardar o término previsto do acordo coletivo de trabalho (ACT) ou da convenção coletiva de trabalho (CCT), o que resultaria no encerramento automático de todas as cláusulas previamente negociadas.

Nesse viés, a aplicação automática da ultratividade poderia dificultar a flexibilização e a adaptação das condições de trabalho às mudanças econômicas e organizacionais. Assim, um benefício concedido anteriormente, em uma época favorável, quando inserido em uma crise econômica, culmina na tendência dos empregadores

39 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2024. p. 1640-1641.

40 BRASIL. Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, s.d., 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

41 DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. p. 302.

de despedir quem incorporou vantagens em seu contrato de trabalho, fragilizando a negociação coletiva.

Essa discussão doutrinária teve o seu desfecho com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323-DF, ajuizada pela Confenen - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino para questionar a súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que discute a validade dos direitos estabelecidos nas cláusulas coletivas com prazo já expirado nos contratos de trabalho.⁴²

4. ULTIMATO NAS MÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 SÚMULA 277 DO TST

Em sua primeira versão, a Súmula nº 277, editada em 1988, adotava a teoria da aderência limitada ao prazo (ultratividade vedada). Afirmava-se que a norma coletiva, ainda que disposta em sentença normativa, se diferencia de cláusula contratual e, portanto, findada a vigência da sentença normativa, não se poderia falar em incorporação de benefícios exclusivamente normativos ao contrato de trabalho.

Para o professor Henrique Correia⁴³, “o objetivo do prazo previamente fixado era fomentar negociações periódicas, adequando os instrumentos à realidade econômica e regional”. Desse modo, um acordo permanente prejudicaria outras negociações coletivas, pela falta de interesse dos empregadores em concederem benefícios inconvertíveis.

Contudo, ainda haveria duas possibilidades de o instrumento coletivo não perder a validade mesmo após expirado. A primeira delas era a cláusula que fixava o aumento do salário, com fulcro no princípio da irredutibilidade salarial. A segunda, tratava-se das vantagens pessoais adquiridas, como a estabilidade atingida por trabalhador, prevista em norma coletiva.

Após, foi adotada a teoria da aderência limitada por revogação (ultratividade relativa), por meio da publicação da Lei nº 8.542 de 1992, prevendo no seu artigo 1º parágrafo primeiro:

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzi-

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30/05/2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20323%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

43 CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 1473.

das ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.⁴⁴

Em 1995, contudo, a Medida Provisória nº 1.079/95, convertida na Lei 10.192/2001, revogou o artigo 1º, §1º, da Lei 8.542/1992. Em continuidade às alterações, o TST alterou o teor do enunciado da Súmula nº 277, através da Resolução 161/2009, abarcando não mais apenas as normas coletivas postas em sentenças normativas, mas, ainda, daquelas postas em acordos e convenções coletivas de trabalho, mantendo, nesse momento, a adoção da teoria da aderência limitada pelo prazo.⁴⁵

Por fim, em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho alterou novamente a redação da Súmula nº 277, passando a adotar a teoria da aderência limitada por revogação: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”⁴⁶

Ela foi criada com o fito de proteger a estabilidade e a segurança jurídica das relações trabalhistas durante o período de negociação de um novo acordo coletivo. Assim, foi incumbida de proteger os direitos e benefícios adquiridos pelos trabalhadores por meio da negociação anterior, evitando a alteração unilateral pelas empresas ou a sua desconsideração.

Com base na Súmula 277, o documento coletivo pactuado permanece aplicável e obrigatório para os empregados e empregadores, mesmo após o fim de seu prazo de vigência. Essa orientação considera a necessidade de dar continuidade as condições de trabalho previamente pactuadas até o estabelecimento de um novo acordo.

4.2 SUPREMOCRACIA, JULGAMENTO DA ADPF N. 323-DF E IMPACTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 277 DO TST

Com a revogação do artigo 1º, §1º, da Lei 8.542/1992, haveria a possibilidade de o Poder Judiciário, interpretando o ordenamento jurídico, adotar teoria

44 BRASIL. **Lei nº 8.542**, de 23 de dezembro de 1992. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, dez., 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18542.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

45 BRASIL. **Lei nº 10.192**, de 14 de fevereiro de 2001. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, fev., 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110192.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

46 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 277**. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. DJe 16 de nov. de 2009. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/tst-altera-sumula-277>. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

que foi expressamente revogada pelo legislador? Este foi o cerne da questão com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 323-DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Nesta ação, proposta antes da vigência da Reforma Trabalhista, discutiu-se a compatibilidade da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho com os princípios da separação de poderes (arts. 2º e 60, §4º, III, CRFB) e da legalidade (art. 5º, caput, da CRFB), sob o argumento de que o referido verbete sumular modificou entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, quanto à ultratividade das normas estabelecidas em convenções e acordos coletivos, sem que houvesse uma respectiva alteração legislativa autorizadora.

O processo começou a ser julgado em 2021, após a concretização da Reforma Trabalhista. Desse modo, seu resultado impactaria diretamente no texto da Reforma, incumbindo ao STF, cancelar ou não a ultratividade da negociação coletiva. O relator, Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, manifestou-se pela inconstitucionalidade da Súmula do TST que permite a ultratividade.

Parece-me evidente que a alteração jurisdicional consubstanciada na nova redação da Súmula 277 do TST não é compatível com os princípios da legalidade, da separação dos Poderes e da segurança jurídica. Ademais, causa igual perplexidade o caráter casuístico da aplicação do princípio da ultratividade das normas coletivas.⁴⁷

No que tange à separação de Poderes, o Ministro sustentou que o TST quis constitucionalizar a norma, aumentando o âmbito de competências da Justiça do Trabalho. Citou a jurisprudência sentimental do juiz francês Magnaud, que não se adstringia à Hermenêutica, tomando interpretações que o auxiliava a fundamentar o que desejava, focado a atingir determinado fim que entendesse nobre, com base na sua visão de mundo.

Após, salientou a necessidade de não só o Poder Legislativo obedecer aos limites da legalidade, mas o Executivo e Judiciário também, para que “os órgãos aplicadores do direito não façam tabula rasa das normas constitucionais, ainda quando estiverem ocupados com a aplicação do direito ordinário.”⁴⁸. Assim, asseverou que a Corte trabalhista afastou o debate público e todos os trâmites e as garantias típicas

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30/05/2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20323%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30/05/2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20323%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

do processo legislativo, passando, por conta própria, a ditar não apenas norma, mas os limites da alteração que criou.

Com isso, observa-se uma tendência no STF de diminuir ou restringir a competência da Justiça do Trabalho, o que se encaixa no contexto mais amplo da “Batalha dos Poderes” delineado por Oscar Vilhena Vieira, mesmo que dentro do próprio Poder Judiciário. Essa tendência pode ser percebida como um reflexo da racionalidade neoliberal e pós-democrática, na qual se busca limitar a atuação estatal e fortalecer os interesses do mercado em detrimento dos direitos trabalhistas.

No que tange à ultratividade, especificamente, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que este instrumento está voltado a beneficiar somente um dos lados, pois, constata-se que empregadores precisam seguir honrando benefícios acordados, sem muitas vezes, contudo, obter o devido contrabalanceamento. O Ministro foi acompanhado pelos Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Luiz Fux e André Mendonça.

Sob a ótica de Casara⁴⁹, essa perspectiva se alinha com a lógica neoliberal de minimizar a intervenção estatal e promover a flexibilização das relações de trabalho, o que pode resultar em uma desvantagem para os trabalhadores em termos de garantias e proteções laborais. Isso reflete uma preocupação com a suposta interferência excessiva do Estado nas relações de trabalho e uma valorização excessiva da liberdade contratual em detrimento dos direitos trabalhistas.

Já o ministro Edson Fachin abriu divergência, foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Ricardo Lewandowski. No voto vogal, a Ministra Rosa Weber suscitou a importância de o STF “prestigiar o saudável diálogo entre os precedentes, oportunizando o amadurecimento perante as instâncias inferiores das controvérsias judiciais”⁵⁰.

Quanto à ultratividade, a Ministra asseverou a insuportável situação de anomia vivida pelos trabalhadores, ao mesmo tempo em que estavam desprotegidos diante do exaurimento dos efeitos do contrato coletivo, encontravam-se desesperançosos diante da falta de perspectiva do inatingível comum acordo.

Nesse sentir, eventual declaração de inconstitucionalidade visaria a resguardar não a ultratividade em si das negociações coletivas, mas o efeito catali-

49 CASARA, Rubens R R. **Direito do Trabalho e Estado Pós-democrático**. In: BENDA, Laura Rodrigues (org.). *A Reforma Trabalhista a visão da AJD (Associação Juizes para a Democracia)*. Belo Horizonte [MG]: Letramento: Casa do Direito, 2018, p. 38.

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30/05/2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20323%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

sador dessa, consistente principalmente no incentivo legal à celebração de norma coletiva, em reforço ao reconhecimento previsto na Lei Fundamental (7º, XXVI), bem como, em última análise, no robustecimento dos direitos do trabalhador, entre os quais aqueles assegurados no instrumento coletivo – inequívoca fonte formal de direitos – até que outra norma coletiva fosse celebrada.⁵¹

Entretanto, em sentido contrário aos votos de Weber, Fachin e Lewandowski, a corrente majoritária também lembrou a nova alteração dada pela Reforma Trabalhista, alegando que a Súmula 277 é inconstitucional, pois ofende a separação do Poderes, já que configura uma sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, tendo em vista que o Congresso Nacional vetou expressamente a ultratividade de negociações coletivas, através do art. 614, §3º, da CLT.

Isso reflete o preconizado por Oscar Vilhena Vieira na tensão entre os poderes constituídos e a disputa pelo controle normativo, característica da “Batalha dos Poderes”, em que o Judiciário é muitas vezes visto como tendo um papel excessivo na interpretação e aplicação das leis, em detrimento da vontade democrática expressa pelo Poder Legislativo.

Desse modo, o STF optou por manter a vedação da ultratividade, validando a alteração da Reforma Trabalhista e legitimando o Poder Legislativo no que lhe cabe. Assim, foram declaradas inconstitucionais a Súmula 277 do TST, bem como as Sentenças normativas que aplicam o princípio da ultratividade de acordos e convenções coletivas no âmbito trabalhista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caráter abrangente da Constituição Federal inseriu nas mãos do STF a competência de conceder a palavra final na maioria das questões sociais e políticas do País. A Supremocracia, com o objetivo de proteger o Estado Democrático de Direito, entrega à Suprema Corte a validação de leis e atos normativos, enfraquecendo o controle mútuo entre os Poderes, culminando em possível supremacia de uma única instância.

Com a aprovação da Reforma Trabalhista, diversas ações foram protocoladas no Supremo para validar ou não seu texto legal, tendo em vista a insegurança gerada com a sua implementação, com uma aprovação de caráter veloz, a par da desumanização do trabalho.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30/05/2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20323%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

Dentre as problemáticas trazidas pela Reforma, uma já se encontrava em tramitação no STF: a constitucionalidade da ultratividade de acordos ou convenções coletivas. A Suprema Corte, por sua vez, declarou a inconstitucionalidade da Súmula 277 do TST, vedando os efeitos de negócios coletivos celebrados após o final do seu prazo de vigência.

Dessa forma, verifica-se a abrangência do poder exercido pelo Supremo Tribunal Federal com o recebimento da alcunha de guardião da Constituição, que, neste caso, optou por validar a alteração legislativa. Assim, foi demonstrada a atuação supremocrática inserida no processo democrático brasileiro, como consequência de terem entregado a Suprema Corte essa atuação de viés político.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. e.d. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. 434 p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (Syn)thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, s.d., 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 20 de fev. de 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX**. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 4 Edição Comemorativa, p. 14-36, s.d., 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/35777/25701>. Acesso em 16 de jan. de 2024.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista De Direito Administrativo, v. 240, 1–42, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em: 10 de maio de 2024.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, s.d., 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de mar. de 2023.
- BRASIL. Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, s.d., 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2023.
- BRASIL. **Lei nº 8.542**, de 23 de dezembro de 1992. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, dez., 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8542.htm. Acesso em: 09 de jul. de 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.192**, de 14 de fevereiro de 2001. DF: Senado Federal: Centro Gráfico, fev., 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10192.htm Acesso em: 09 de jul. de 2023.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Relator Deputado Rogério Marinho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 16 de jul. de 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 323-DF**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30/05/2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20323%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 09 de jul. de 2023.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 277**. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. DJe 16 de nov. de 2009. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/tst-altera-sumula-277>. Acesso em: 09 de jul. de 2023.

- CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. 239 p.
- CASARA, Rubens R R. **Direito do Trabalho e Estado Pós-democrático**. In: BENDA, Laura Rodrigues (org.). *A Reforma Trabalhista a visão da AJD (Associação Juízes para a Democracia)*. Belo Horizonte [MG]: Letramento: Casa do Direito, 2018, p. 37-45.
- CORREIA, Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1712 p.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021. 1404 p.
- CROUCH, Colin. **Post-democracy**. Uk: Polity, 2017. 144 p.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neo-liberal**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. 402 p.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2024. 1744 p.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2019. 1776 p.
- DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018. 382 p.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. **O Trabalho em Movimento – Estudos Críticos de Direito do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. 320 p.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023. 1336 p.
- VIEIRA, Oscar. **A batalha dos Poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. 233 p.
- VIEIRA, Oscar. **Supremocracia**. Revista de Direito GV. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 4, n. 2, pg. 441-464, jul/dez. 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vX-vWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 24 de ago. de 2023.
- HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Tradução. Campinas: Educação Direito e Alta Cultura, 2020. 386 p.
- LUNARDI, Fabrício. **O STF na Política e a Política no STF: poderes, pactos e impactos para a democracia**. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. 320 p.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 231 p.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 18.ed., rev., atual, e ampl. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.1040 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 135 p.
- STRECK, Lenio Luiz. **O papel da Constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas**. MIRANDA, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho;

MORAES, José Luiz Bolzan de; (org). Estudos Constitucionais. 1ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2007, p. 177-195.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista:** ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 6, n. 9, p. 145-177, out. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/130413/2017_maior_jorge_acesso_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 de abr. de 2024.

COMO OPERAR — E ENSINAR — O DIREITO QUANDO “DIREITO É O QUE O TRIBUNAL DIZ QUE É”: DIÁLOGO COM HART E A TÓPICA JURÍDICA

HOW TO TEACH AND WORK WITH LAW WHEN “THE LAW IS WHAT THE COURTS SAY IT IS”: DIALOGUE WITH HART AND THE LEGAL TOPICS

Paulo Moreira

RESUMO: Este artigo aborda uma teoria da interpretação jurídica ainda comum à nossa época, especificamente na forma deduzida por Hart em *The Concept of Law*, que pretende descrever o processo decisório como adstrito às interpretações possíveis, do ponto de vista da lógica formal, do texto legal. Através da leitura da própria obra hartiana — e do seu cotejo com a jurisprudência concreta de tribunais superiores —, chega-se à conclusão da sua inadequação enquanto uma teoria que represente de maneira fiel o processo adjudicatório contemporâneo. O autor apresenta a “tópica” do juiz alemão Theodor Viehweg como uma alternativa que representa mais fielmente aquele processo — o qual passa a descrever como orientado a uma concatenação assistemática de argumentos “tópicos” (ou argumentos *latissimo sensu*) e a um tratamento casuístico do problema concreto na busca da “justiça do caso”. Aponta então alguns aspectos que essa realidade jurídica acaba por impingir àquele que opera e àquele que ensina o Direito hoje, reverberando as teses sobre a prática e o ensino jurídicos expendidas pelos professores Karl Llewellyn (Universidade de Columbia — CU) e Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de São Paulo — USP).

Palavras-chave: Herbert Hart; Theodor Viehweg; tópica; positivismo jurídico.

ABSTRACT: This paper addresses a theory of legal reasoning still common in our age, specifically in the form brought forward by Hart in *The Concept of Law*, which pretends to describe judicial interpretation as being confined to the plain meaning of legal rules as put forward by formal logic. Through the reading of Hart’s work, and a comparison between what we find in it and the case law of our highest courts, we conclude that his theory does not do justice to today’s adjudication. The author presents German judge Theodor Viehweg’s “topics” as an alternative capable of representing that process in a fitter manner — a process which is hereafter described as being oriented towards an

unsystematic concatenation of “topic” arguments (or *latissimo sensu* arguments) and an individualized consideration of the issue at hand aimed at realizing the “case justice”. Some aspects of this reality relevant to both jurists and Law professors are then brought to light, echoing professor Karl Llewellyn’s (Columbia University — CU) and Reinaldo de Lima Lopes’ (São Paulo University — USP) theses on teaching and working with Law.

Keywords: Herbert Hart; Theodor Viehweg; topics; legal positivism.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo carece de uma especificação ôntica. Sua abordagem será, nos termos comuns à filosofia do Direito, *descritiva*; nele não se poderão encontrar juízos de valor sobre o estado atual da metodologia jurídica, nem sobre eventuais alternativas à adjudicação — é dizer, à maneira pela qual os juízes chegam às suas decisões, nos casos concretos — como nos é posta hoje. Antes de teoria *valorativa*, que busque “justificar” a jurisprudência de nossa época tal como se nos é posta (ou, ao contrário, criticá-la, tendo-a como “injusta” ou “infel” ao “real caráter do Direito”); antes ainda de uma teoria positivista, com os julgamentos e concepções sobre o Direito que lhes são respectivamente típicos, será de todo em todo radicalmente realista, e empregará a alegoria de Hart do “jogo de ‘obedeça o árbitro’”¹ para o fim de desnudar o estado atual daquela jurisprudência, e entender com maior propriedade os desafios que ela nos impinge.

Será notado, todavia, que Hart chegou a uma conclusão muito mais modesta ao cotejar a prática jurídica de seu tempo com o cenário hipotético do “jogo”. Assim, será necessário, para o nosso empreendimento, apontar certos erros na ideia do gigante jurista britânico, e avançar mais além. Sentados sobre os seus ombros, porém, veremos ao horizonte um cenário muito mais caótico e desesperançoso. O esforço despendido neste artigo deverá acabar por mostrar qual conclusão verdadeiramente decorre das premissas delineadas por Hart, e, no processo, por quebrantar as falsas fachadas de normalidade ou regularidade no processo decisório judicial contemporâneo. Apenas assim, confrontados com a realidade do Direito hodierno, e não mais com uma sua falsa efígie, poderemos defender apropriadamente nossa contenda de que, dentro daquele processo, as normas gerais de nosso ordenamento jurídico importam “apenas na medida em que elas nos ajudam a prever o que os juízes farão. De nada importam para além disso, senão como meros brinquedos”². A isso se seguirá a apresentação de nossa tese central de que a prática jurídica é melhor compreendida como um esforço de conhecimento de *topoi*³ ou argumentos *latissimo sensu*, e de previsão de como os conflitos entre esses argumentos serão resolvidos durante o processo decisório dos juízes, diante da falta de um método apriorístico que os regule. Nesse processo, assume particular importância o estudo da casuística,

original em inglês “the game of ‘scorer’s discretion”.

2 LLEWELLYN, Karl N. **The bramble bush**. 2. ed. New York: Oceana, 1951. p. 9. Tradução nossa do original em inglês “rules are important so far as they help you to predict what judges will do. That is all their importance except as pretty playthings.”

3 No sentido empregado por Viehweg na sua “Topik und Jurisprudenz”; cf. VIEHWEG, Theodor. **Topik und jurisprudenz**. München: Beck, 1953.

e de argumentos cuja propriedade ao discurso jurídico é amiúde rejeitada pela ciência tradicional do Direito.

Por fim, e em conexão com as conclusões a que teremos chegado até então, defenderemos um ensino do Direito mais condizente com aquilo que, antes de nós, chamou o professor Reinaldo Lopes, da USP, de “deslocamento [...] de uma teoria das *normas* para uma teoria da *decisão*”⁴, como o único capaz de, em referência à analogia de Veach⁵, ensinar-nos como pilotar o carro, ao invés de somente nos repetir as regras abstratas constantes do manual de direção.

2. HART: PANO DE FUNDO JUSTEORÉTICO E CRÍTICA AO “CETICISMO POSITIVO-NORMATIVO”

Herbert L. A. Hart, no capítulo VII de seu *The Concept of Law*, empreende um ataque contra o que chama de *rule-scepticism*, ou o ceticismo para com as regras positivadas em um ordenamento jurídico. Este ceticismo positivo-normativo consistiria na crença de que não há um limite aprioristicamente dado pelas leis à interpretação judicial; aqueles que são, nesse sentido, céticos, negam que os juízes se limitem, no processo pelo qual chegam ao direito aplicável aos casos concretos (o processo decisório), ao mero campo das diferentes interpretações cabíveis — do ponto de vista lógico-formal — do texto da lei; isto é, ao campo do que Hart chama de “textura aberta”.

A visão justeorética do autor britânico, no que diz respeito à interpretação judicial, é pautada pela ideia da textura aberta: a ambiguidade ou indeterminação de conteúdo que é inerente à maioria das leis. Trata-se de uma “característica geral da linguagem humana; indeterminação é o preço a ser pago pelo uso de termos gerais em qualquer forma de comunicação”⁶. E assim é, em termos diretos, porque “somos homens, e não deuses”; incapazes, como somos, de prever minuciosamente todas as situações futuras, que nossas normas gerais haverão de reger; incapazes ainda de levar em conta todos os “interesses”⁷ que entrarão em conflito quando desta subsunção futura do fato à norma; é, de fato, de se aprovar o emprego de termos gerais e abstratos na linguagem da lei. Por esse motivo é que “não deveríamos desejar, nem mesmo como um ideal”, um direito constituído de leis que fossem sempre

4 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Entre a teoria da norma e a teoria da ação**. p. 43. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus, 2009. p. 43-78. Grifos nossos.

5 Vide VEACH apud LOPES, op. cit., p. 51.

6 HART, op. cit., p. 128, tradução nossa.

7 HART, op. cit., p. 129, tradução nossa.

aplicáveis em adiantado, como que mecanicamente, aos casos concretos. Mais salutar é que possamos fazer sempre “uma escolha fresca entre alternativas abertas”⁸.

Ao fim e ao cabo, na teoria hartiana, o juiz parte da moldura lógico-formal que lhe é dada aprioristicamente pelo texto da norma geral aplicável ao caso concreto. Sua carta de alforria, é a abertura da linguagem que permite-o exercer a — agora legitimada — discricção judicial; é também, sem embargo, sua corrente, na medida em que apenas dentro deste campo pode tal discricção ser exercida. O mesmo desenho metodológico encontramos — com as ressalvas que faremos logo a seguir — em Kelsen⁹, quando vê este nas normas gerais o caráter de um quadro (*Rahmen*) a ser preenchido pelo julgador, dentro das hipóteses de sentido que sejam logico-formalmente possíveis¹⁰: assim, se uma norma incrimina a conduta, como no caso do artigo 268 de nosso Código Penal, de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, caberia ao tribunal determinar que é uma “determinação”, e quem é o “poder público”; e decidiria o tribunal com igual correção se decidisse, por uma, que “determinações” são o texto constitucional e as leis estritas, e “poder público” é apenas a União, ou, se, por outra, decidisse que “determinações” são apenas os decretos e os atos administrativos, e que o “poder público” inclui os estados federados e os municípios. O mesmo haveria de ser feito com os demais termos presentes na referida norma incriminadora. Aqui vemos, na máxima clareza, como convivem no seio da lógica formal, paradoxalmente, a mais impávida tirania, e a mais cega imprecisão conceituais, para os fins da ciência jurídica. É decerto este o maior motivo pelo qual de tão escassos préstimos nos é a teoria da interpretação jurídica de Kelsen¹¹.

Voltando a Hart, certamente há o que se apontar de diferente entre a sua teoria e a kelseniana. Crê Kelsen que, dentre as hipóteses de sentido igualmente possíveis, não haja uma, ou umas, que seja(m) “mais certa(s)” do que a(s) outra(s): “é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”¹². O papel do juiz é o de escolher uma interpretação, dentre todas as possíveis, mediante um ato de *vontade*¹³ (*Willensakt*) — é dizer, da maneira que quiser. Daí ser adequado ao caso o exem-

8 HART, op. cit., p. 128, tradução nossa.

9 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

10 Ibidem, p. 247.

11 Neste sentido, vide LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 108; e demais bibliografia crítica ali mencionada.

12 KELSEN, op. cit., p. 247.

13 KELSEN, op. cit., p. 249.

plo do artigo 268 de nosso *Strafgesetzbuch*. Não se pode com igual facilidade dizer o mesmo de Hart.

Conquanto não encontremos sua teoria da interpretação tão minuciosamente bem exposta como a de Kelsen¹⁴, lemos em Hart que o julgador leva em conta outros fatores quando escolhe dentre as diferentes hipóteses de sentido decorrentes da lógica formal aplicáveis à norma: em vez da vontade, aplica aqui o juiz “um esforço de pesquisa imparcial e neutro sobre as alternativas disponíveis”, “consideração a respeito dos interesses que têm todos os que serão afetados pela decisão” e “um ativo esforço em aplicar algum princípio geral aceitável como um fundamento racional para decidir de um jeito e não de outro”¹⁵. Finalmente, “deve” [!] ainda decidir de acordo com “suas próprias crenças e valores”¹⁶.

Por mais inovadoras que sejam estas excêntricas adições, ao fim, fica ainda o juiz confinado ao “núcleo de sentido aprioristicamente dado”¹⁷ — é dizer, ao quadro ou moldura (*Rahmen*). Aclarado o pano de fundo justeorético do professor de Oxford, devemos agora voltar aos “céticos” vergastados por ele.

São céticos, portanto, aqueles que, discordando de Hart, afirmam que os juízes *não* se prendem, no seu ofício, a este estrito campo linguístico logicamente permitido. Podem afirmar, como Karl Llewellyn¹⁸, que age errado o jurista que se contenta com como os juízes *dizem* decidir; é antes com como efetivamente *agem* que deve o correto operador do Direito se preocupar. A perscrutação das maneiras de como influenciar esse agir, e de como se planejar em referência às suas ações, é que precisa “constituir o ‘direito’ que se deve estudar”. Familiarizando-se com a casuística, com as atitudes reais dos tribunais, e tornando-as “parte do seu ambiente, uma condição do seu viver — como o uso do dinheiro”¹⁹ é que melhor servirá-se a si, e aos seus clientes. “E as regras” — as leis — “dentro disso tudo, são importantes apenas na medida em que elas nos ajudam a prever o que os juízes farão. De nada importam para além disso, senão como meros brinquedos”²⁰. É essa a essência do ceticismo positivo-normativo; seu corolário vemos no aforismo de Hoadly — “Em verdade, é aquele que tem a autoridade absoluta de interpretar qualquer lei, escrita ou falada, quem é *o real legislador* para todos os propósitos, e não aquele que primeiro

14 Que tenha Hart dito pouco demais sobre o problema da metodologia do processo decisório aquiesce-o ele próprio, nas suas notas postumamente publicadas; vide HART, op. cit., p. 259.

15 HART, op. cit., p. 205, tradução nossa.

16 HART, op. cit., p. 273, tradução nossa.

17 HART, op. cit., p. 144. Tradução nossa do original em inglês “core of settled meaning”.

18 LLEWELLYN, op. cit., p. 9.

19 LLEWELLYN, op. cit., p. 8, tradução nossa.

20 LLEWELLYN, op. cit., p. 9, tradução nossa.

a escreveu ou ditou”²¹ —, bem como nas famosas “treze palavras” de Llewellyn: “direito é seja lá o que [os] oficiais façam a respeito das lides”²².

3. A ALEGORIA DO “JOGO DE ‘OBEDEÇA O ÁRBITRO’”

É-nos agora claro que (e por que) Hart não admitiria reconhecer um tão tímido papel, dentro do Direito em seu todo, para o texto das leis. E é justamente no empreendimento de mostrar-nos como os limites textuais das nossas normas gerais têm — crê-o ele — um papel central dentro da ciência jurídica que Hart cria a alegoria do *scorer’s game*, que passaremos a destrinçar.

Hart aduz que muitos jogos competitivos são jogados sem a figura de um árbitro. Apesar dos interesses conflitantes dos jogadores competindo, esses competidores podem — e amiúde assim fazem — aplicar por si próprios as regras gerais do jogo em questão aos casos particulares que demandem a sua aplicação, sem maiores problemas. Um julgamento feito, nesses moldes, por um jogador de algum tal jogo, a respeito da subsunção (ou não) de uma situação concreta com a qual se tenha deparado a alguma das regras daquele jogo é, se esse jogador estiver sendo honesto, sempre uma tentativa de subsumir o “fato” da jogada realizada à “norma” coletivamente aceita como cogente naquele jogo.

Contudo, a maturação deste sistema de regras consuetudinário e dependente do acordo comum, e a sua transmutação para um que poderíamos mais tranquilamente chamar de um “sistema jurídico”, acaba por requerer, para poder ser cogente, a instituição de regras que determinem quais regras são definitivas e irrecorríveis dentro do sistema legal, e qual autoridade está incumbida de proferi-las, efetivamente pondo fim ao processo nomogênico e “dando a última palavra” dentro do sistema. É assim que torna-se correto dizer que age juridicamente aquele que se comporta da maneira prescrita por aquela última autoridade, incumbida de dar a última palavra em qualquer matéria de direito. Voltando ao exemplo de um jogo, “é *nesse* sentido que é verdade que, para os propósitos do jogo, ‘o placar é o que o árbitro diz que é’”²³.

Mas decerto há um detalhe essencial nisso que não pode ser ignorado: à exarcação da “sentença” do árbitro precede uma norma geral, que lhe é dada aprioristicamente para a aplicação, e que não é alterada pela exarcação do seu julgamento. É em virtude disso que entendemos errado a frase “o placar é o que o árbitro diz que

21 HOADLY apud GRAY, op. cit., p. 102. Tradução nossa, grifo nosso.

22 LLEWELLYN, op. cit., p. 9. Tradução nossa do original em inglês “what these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.”

23 HART, op. cit., p. 142, tradução nossa, grifo do autor.

é” se dela deduzirmos que não existem outras regras além daquelas que o árbitro manda observar. Um jogo cuja única regra fosse a de que devemos obedecer o árbitro pode até existir, e jogá-lo poderia até ser divertido; ele seria inobstante um jogo diferente, que poderíamos bem chamar de “jogo de ‘obedeça o árbitro’”²⁴.

Hart lista alguns fatores que enxerga como evidências de que o árbitro (o juiz, ou, em um último momento, o tribunal) se obriga a observar as regras do jogo (as normas gerais do ordenamento). Diz ele que é “o dever” do árbitro “aplicá-las ao máximo de sua habilidade”, e que o árbitro, “se for probo com os seus deveres”, observa sempre as regras do jogo quando julga os fatos²⁵. Aduz ainda que os juízes são partes de um sistema cujas regras têm conteúdo suficientemente determinado para serem capazes de prover *standards* de como se julgar “corretamente”, e que estes parâmetros são entendidos por eles como algo que não podem ignorar — todo magistrado, ao ser empossado no seu ofício, assim como qualquer árbitro empossado no seu, encontra uma regra como a de que “o que a Constituição determina é direito” preestabelecida como uma tradição e já aceita como o parâmetro de conduta para aquele que exerce o ofício judicante²⁶. É esse pretense respeito apriorístico pelas regras, que servem como parâmetros de como se julgar corretamente, que faz com que esforços de previsão a respeito de como um determinado conflito será resolvido pelo tribunal apropriado sejam “no mais dos casos [...] como a previsão, que podemos fazer, de que jogadores de xadrez moverão o bispo na diagonal”²⁷.

Mas, claramente, não é assim que o processo decisório funciona na realidade contemporânea.

Como lograria Hart explicar para o cidadão, ou para o jurista que, esperando o tribunal “mover o bispo na diagonal” em relação ao artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal — “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” —, depara-se com a jurisprudência que cancelava a execução da pena após a segunda instância, antes do trânsito em julgado?²⁸ Que dizer quando o tribunal descarta a pena cominada para o delito do artigo 273, §1º-B, I, do *StGB* (10 a 15 anos de reclusão), por desrespeito ao chamado “princípio da proporcionalidade” — princípio este que sequer consta de nosso texto legal

24 HART, op. cit., p. 142.

25 HART, op. cit., p. 142-143, tradução nossa.

26 HART, op. cit., p. 145.

27 HART, op. cit., p. 147, tradução nossa.

28 *Leading case* Recurso de *Habeas Corpus* 126.292/SP.

—, decretando que seja aplicada em seu lugar a pena prevista na redação original²⁹, de 1940, do artigo 273 (1 a 3 anos)?³⁰ Como explicar decisões tão louváveis — mas que, sem embargo, não se apoiam no texto da lei — como a que estendeu a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n.º 7.716/89) à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, frente à vedação contida no artigo 5.º, inciso XXXIX, da *Grundgesetz*, e no artigo 1.º do Código Penal — “não há crime sem lei anterior que o defina [...]”?³¹

Decisões deste tipo, que a cada década mais sobejam, não têm e nem podem ter como seu fundamento uma teoria jurídica onde a interpretação gramatical imponha-lhes intranspassável rubicão, sob o signo invencível da lógica formal. Requerem antes um pano de fundo que legitime-as a ir mais além — em outras palavras, que chame um “desenvolvimento do direito transcendente à lei” (*Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus*)³² —; que se sirva assim a fundamentar, nas palavras de um ministro da Suprema Corte, uma interpretação como “[atividade] construtiva, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que *ultrapassam sua dicção expressa*”³³; e que não negue à jurisprudência o seu papel, nos termos do ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão, como “[não tanto] um jogo de miçangas lógico, mas antes uma acção finalista, dirigida a um resultado

29 O fundamento para a atribuição da pena prevista na redação original do artigo 273, especificamente, foi suposto “efeito repristinatório” que estaria ali a lhe devolver a vigência. Vide Recurso Extraordinário 979.962/RS. Nosso direito, contudo, não adotou esse instituto (a chamada “repristinação automática”); pelo contrário, repeliu-o expressamente (artigo 2.º, § 3º, do Decreto-lei 4.657/42).

30 Vide Recurso Extraordinário 979.962/RS.

31 Vide Mandado de Injunção 4.733/DF. Sobre a correlacionada ADO 26, cf. SOUZA, Luciano Pereira de; CALIXTO, Renata Rocha Gircis. **A criminalização da homofobia pelo STF: interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu**. *Unisanta Law and Social Science*, [S.l.], v. 9. n. 1. p. 65-89, 2020.

32 Vide LARENZ, op. cit., p. 588 et seq.

33 Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 322. Grifo nosso. Cf. Recurso de *Habeas Corpus* 126.292/SP, p. 50; de se notar contudo, poucas linhas depois, a observação: “dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo” [grifo nosso]. No mesmo sentido, encontramos na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, p. 97, que: “a primeira premissa da nossa discussão é que não se trata aqui de uma discussão sobre interpretação gramatical ou literal”. Contudo, mais uma vez, poucas linhas depois: “mas, na terminologia que se tornou clássica, existe uma moldura dentro da qual o intérprete pode e deve fazer escolhas”. A contradição não deve nos surpreender — qualquer método ou filosofia judicial pode ser apresentada como “mera racionalização da decisão que tomou [o juiz] por outras razões” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12. n. 96. p. 23, 2010). Cf. POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University, 2008. p. 13; LARENZ, op. cit., p. 492. Prestemos, afinal, reverência à advertência de Llewellyn, e atentemo-nos a como *agem* os juízes, e não a como *dizem* agir.

racional, correspondente à justiça”, que não pode reservar-se à “vinculação à lei” em medida que “queira saber realizado na dependência lógico-formal da lei mesmo até algo de irracional”³⁴.

Assiste razão a Hart quando expõe a atividade decisória, na sua prática real, como orientada aos interesses em jogo e a princípios gerais de justiça — quiçá mesmo quando legitima a remição do juiz às suas “crenças e valores”. O que não podemos aceitar é que, diante dos fatos, se defenda ainda que essa atividade se dá nos limites estritos do texto legislativo que precede ao intérprete. As admoestações metodológicas que até hoje tentaram circunscrever o campo da atividade adjudicatória a estas divisas textuais não lograram sucesso — nem mesmo quando ampliavam os limites do lícito até as “fronteiras discutíveis”³⁵ do sentido do texto —, como vimos nos exemplos acima. O juiz espera, na medida do possível, decidir os casos de maneira “justa”; e amiúde encontrará mesmo a solução mais justa no corpo do direito positivado. Isso pode se dar porque a lei, de que nesse momento ele se valerá, resultou de longa discussão filosófica entre os legisladores, e entre os antepassados destes, remontando o debate por vezes aos próprios legisladores romanos. Em outros casos, o mesmo terá lugar por não haver realmente uma resposta mais justa dentre as que poderia aplicar ao caso, mas apenas uma mais conveniente, cuja aplicação ao caso concreto é em si mesma uma expressão de justiça: assim, por exemplo, não é “justo” que um contrato exija a presença de exatamente duas testemunhas para tornar-se título executivo extrajudicial³⁶, ou que o prazo para o réu apresentar a sua contestação (no processo civil) seja exatamente de quinze dias³⁷; mas é “justo” que o devedor em mora, que consta do contrato, só possa ter um processo de execução movido diretamente contra si se o contrato tiver sido assinado por (no mínimo) duas testemunhas; assim como é “justo” que o autor possa apontar a intempestividade da contestação do réu, se tiver sido apresentada no décimo sexto dia. Nesse processo de achamento do direito justo, o julgador fará comumente uso das opiniões da dogmática (ou doutrina), que, condensando a discussão filosófica relativa ao caso, otimizará o tempo do magistrado, poupando-o de “rediscutir o todo” em todo e cada caso³⁸. Alguma atenção dará também aos precedentes, mormente por deferência ao mesmo imperativo moral de que decorre o princípio da vinculação à

34 HEUSINGER apud LARENZ, op. cit., p. 492.

35 Cf. HART, op. cit., p. 145, tradução nossa.

36 Artigo 784, inciso III, do Código de Processo Civil.

37 Artigo 335 do Código de Processo Civil.

38 ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Lima: Palestra, 2007. p. 369-370, tradução nossa. Alexy chama esta função da dogmática de sua “função de descarga”.

lei, que é a exigência de dispensar tratamento igual aos casos essencialmente iguais — o princípio da regularidade de Pawlowski³⁹, do *suum cuique* de Engisch⁴⁰, ou, simplesmente, o princípio da segurança jurídica.

Mas, em diversos outros casos, verá-se o juiz frustrado em sua tarefa. Nesses momentos, como põe Karl Larenz⁴¹, se perguntará “se nas premissas por ele aceites não se terá acoitado algures um erro, e encontrará, regra geral, uma melhor via. Debruçará mesmo a sua atenção para um ‘desenvolvimento judicial do Direito transcendente à lei’”. Em caso de conflito, sempre possível, entre a “fidelidade à lei, que lhe está preceituada, e a justiça do caso, por ele buscada”, o juiz em último termo “[só] pode decidir segundo a sua própria consciência”⁴². Em qualquer hipótese, como reconhecerá mesmo o mais impávido positivista, sua decisão criará sempre direito⁴³.

Conseguimos agora finalmente ver como nossa jurisprudência se amolda, *a contrario sensu*, ao “jogo de ‘obedeça o árbitro’” de Hart. Só nos é possível distinguir um jogo normal de um jogo de “obedeça o árbitro”, aduz ele, porque as regras dos jogos têm um “núcleo de sentido aprioristicamente dado”, do qual o árbitro não pode sair⁴⁴. É verdade que, até um certo ponto, “o fato de que certos julgamentos dispensados por um árbitro são claramente errados” — isto é, que saem do campo do sentido logicamente permitido pelo texto da norma — “não é inconsistente com a continuação do jogo: [...] mas há um limite para o quanto a tolerância para com esses julgamentos errados é compatível com a existência continuada desse mesmo jogo”. Se esses conflitos são frequentes, ou se o árbitro repudia as regras do jogo, então

deve haver um ponto a partir do qual [...] o jogo mudou. Já não é mais críquete, ou beisebol, mas ‘obedeça o árbitro’; pois uma característica essencial daqueles jogos é que, em geral, seus resultados devem ser definidos da maneira exigida pela letra das regras — inobstante o grau de textura aberta que deixem para o árbitro⁴⁵.

Conclui, em seguida, que “em algum cenário, nós deveríamos mesmo dizer que, em verdade, estamos jogando ‘obedeça o árbitro’”; mas que apesar de essa

39 PAWLOWSKI apud LARENZ, op. cit., p. 224.

40 ENGISCH apud LARENZ, op. cit., p. 248.

41 LARENZ, op. cit., p. 493.

42 LARENZ, op. cit., p. 494.

43 Vide KELSEN, op. cit., p. 250.

44 Vide nota 17 supra.

45 HART, op. cit., p. 144-145, tradução nossa.

possibilidade existir, não é esse hoje o caso⁴⁶. Disto ousamos discordar. Uma das consequências — vaticina-o o próprio Hart — da realização do cenário do “jogo de ‘obedeça o árbitro’” na nossa realidade seria a de que finalmente “a regra ‘o placar é o que o árbitro diz que é’ tornaria-se ela própria a regra do jogo”⁴⁷. Com efeito, hoje é lugar-comum a frase, ecoada mesmo pelo ex-presidente da Suprema Corte, Luiz Fux: *direito é o que o tribunal diz que é*.

3.1. A ATIVIDADE JURÍDICA COMO UMA ATIVIDADE PREDITIVA

A bancarrota fática de todos os empreendimentos metódicos que tentaram descrever a atividade decisória dos magistrados como vinculada às possibilidades de sentido dadas pelo texto das normas gerais sob a bitola da lógica formal tem, necessariamente, de desaguar em uma certa conclusão, a qual poderemos também retirar do próprio *The Concept of Law, a contrario sensu*.

Hart critica aqueles que, como Llewellyn⁴⁸, defendem uma concepção da atividade dos juristas como uma atividade preditiva: isto é, uma atividade de previsão de como as lides hão de, em último momento, ser resolvidas pelo Estado-juiz. Valendo-se ainda do exemplo do “jogo de ‘obedeça o árbitro’”, aduz que o jogador comum de um jogo, ao analisar um julgamento dispensado pelo árbitro pertinente, não tenta apenas prever, com maior ou menor certeza, qual será a decisão proferida por este⁴⁹. Na verdade, o jogador, ao realizar um juízo próprio sobre qual seria a decisão correta a ser prolatada no caso concreto, toma a regra do jogo aplicável a esse caso como o parâmetro, e a sua aplicação como um ideal a ser perseguido; e então desempenha um cotejo entre a regra aplicável e o caso concreto — uma *subsunção*.

Mas vai Hart mais além. Entende, valendo-se das ilusões que expomos na seção 3, que “assim procede também o próprio árbitro, se for probo com os seus deveres”. A única diferença, para o teórico anglo-saxão, entre o julgamento do árbitro e o juízo do jogador comum é que este último é “uma aplicação não oficial da regra do jogo” que “não realmente importa para o cômputo do placar”; ao passo que o primeiro é “[o juízo] autoritativo e final”⁵⁰. Ao fim e ao cabo, é sempre a textualidade das normas o “parâmetro de correção adotado tanto pelo jogador [...]

46 HART, op. cit., p. 145-146, tradução nossa.

47 HART, op. cit., p. 144, tradução nossa.

48 Vide nota ² supra.

49 HART, op. cit., p. 143.

50 HART, op. cit., p. 143, tradução nossa.

quanto pelo árbitro”; em virtude disso é que nega em grande medida propriedade à concepção preditiva da atividade jurídica⁵¹.

A compreensão perfilhada por Hart seria inatacável se as premissas expostas por ele fossem verdadeiras. Mas como seria ela diferente, se apenas não assistisse tanta razão a essas premissas? A resposta dá-nos o próprio Hart:

é importante observar que, se o jogo sendo jogado fosse o ‘jogo de obediência o árbitro’, a relação entre os juízos oficiais e os não oficiais seria necessariamente diferente: os juízos dos jogadores não apenas *seriam* um esforço de previsão sobre os julgamentos dos árbitros, como sequer *poderiam* não sê-lo⁵².

Para Hart, contudo, não era essa ainda a nossa realidade, como expomos no final da seção 3⁵³.

Se entendemos, contudo, que já vivemos no cenário do “jogo de ‘obedeça o árbitro’” — no cenário onde “direito é o que o tribunal diz que é” —, então Hart, antes de enfraquecer a nossa postulação de que a atividade do profissional do direito é melhor entendida como uma atividade preditiva, fortalece-a. Mas se o jurista compreende-se melhor a si mesmo e à própria atividade como um esforço preditivo, resta perguntar: que há a ser previsto pelo operador do Direito? Em outras palavras — se não da lógica formal, de onde extraem os juízes as suas decisões?

Mostram-se falhas as tentativas de reduzir a atividade judicial a qualquer configuração de “cânones da interpretação”, seja em quantos números e em qual hierarquia forem propostos⁵⁴. Do mesmo modo são amiúde ignorados os critérios de interpretação contidos no direito positivado — mormente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É contumaz a inversão da ordem das fontes do direito, das quais deveria o juiz extrair a decisão adequada ao caso concreto: a lei, em primeiro lugar, em sentido amplo, seguida (se omissa a lei) pela analogia, pelos costumes, e pelos princípios gerais de direito (artigo 4.º). É hoje lugar-comum que

51 HART, op. cit., p. 144, tradução nossa. A exceção a essa impropriedade podemos ver em HART, op. cit., p. 146-147.

52 HART, op. cit., p. 143-144, tradução nossa, grifos do autor.

53 Neste sentido, obtempera de novo: “mas em um jogo ordinário, a regra ‘o placar é o que o árbitro diz que é’ não é a regra do jogo”. Vide HART, op. cit., p. 144, tradução nossa.

54 Observa Alexy o seguinte: “mas até mesmo o número [dos cânones] é alvo de discussão. Assim, Savigny diferencia entre o cânone gramatical, lógico, histórico e o sistemático. Segundo Larenz, são já eles cinco [...] Wolff, para dar outro exemplo, conhece a interpretação filosófica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética e teleológica. Mais importante ainda que o problema do número dos cânones é o da sua ordenação hierárquica.” Outrossim, “só podem eles serem considerados adequados para erigir com segurança um resultado”, em desfavor de outros, “se for possível estabelecer critérios estritos para a sua ordenação hierárquica. Isto, inobstante, não foi logrado até hoje”. Cf. ALEXY, op. cit., p. 29, tradução nossa. No mesmo sentido vem LARENZ, op. cit., p. 480.

venha um princípio geral de direito a tomar precedência à própria lei; para esse expediente invoca-se mesmo a regra contida na mesma legislação introdutória, que exige do julgador, quando aplicar a lei, o atendimento dos “fins sociais da norma” e das “exigências do bem comum” (artigo 5.º).

Separado, mas relacionado, é o problema da conjugação entre os “princípios” e as “regras” jurídicas. Consagrou-se entre nós a postulação de que a diferença principal, senão única, entre esses institutos é a seguinte. As regras jurídicas regem os fatos sociais a que se subsumam de maneira a exigir que *sejam aplicadas* ou que *não sejam aplicadas*; a isto chamou Dworkin a dimensão de *validade* das regras⁵⁵. Os princípios jurídicos, por outro lado, são suscetíveis de *aplicação maior* ou *menor* — têm para Dworkin uma dimensão de *peso* —; são assim mandados de otimização, que determinam a sua própria aplicação “no maior grau possível”⁵⁶. Contudo, observou já Hart, em sua época, a impropriedade também desta análise; por isso via “nenhuma razão para aceitar [...] este claro contraste entre regras e princípios jurídicos”⁵⁷ — apontando, para o fim de demonstrar essa impropriedade, o exemplo de *Riggs vs. Palmer*, onde tomou precedência o princípio geral *volenti non fit iniuria*⁵⁸ em detrimento das regras (claramente vigentes e aplicáveis ao caso) que permitiriam a Elmer Palmer herdar o espólio de seu avô, a quem houvera assassinado. Conclui assim, acertadamente, tratar-se o problema de uma mera questão de “gradação” — isto é, de que “grau” de importância há de se atribuir à regra e ao princípio (ou princípios) aplicável(is) em cada caso concreto. Com isso porém joga-nos de volta aos sargaços da incerteza sobre como hão de ser resolvidos na prática os conflitos entre os dois institutos.

A isso deve ser somado também o problema próprio da definição do que é um princípio ou uma regra a cada caso⁵⁹. Na discussão americana, debateu Dworkin⁶⁰ sobre se a primeira emenda daquela Constituição é uma regra ou um princípio. Em acórdão do Supremo Tribunal Federal, já referido anteriormente⁶¹, não houve acordo sobre se o que se veio a chamar “princípio da presunção de inocência” caracteri-

55 Vide o debate sobre as teorias do jurista americano em DWORKIN apud HART, op. cit., p. 260.

56 Assim disse famosamente Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

57 HART, op. cit., p. 261, tradução nossa.

58 HART, op. cit., p. 262. Em nosso direito chamaríamos-lo mais comumente “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, ou “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”.

59 A respeito, ver DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978. p. 27.

60 Vide nota 59 supra.

61 Ação Declaratória de Constitucionalidade 43; vide nota 33 supra.

za mesmo um princípio, ou se é, na verdade, uma regra: no entendimento do ministro Gilmar Mendes, trata-se de uma regra; para o ministro Barroso, caracteriza um princípio; já para a ministra Rosa Weber, é as duas coisas. Em nosso entendimento, sua formulação — “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” — é mesmo a de uma regra precisa, e não a de um princípio ponderável — *se* militar em desfavor de João uma sentença penal condenatória, *então* será ele considerado culpado. Cremos que a interpretação contrária só deve a sua continuada influência sobre as mentes de vários intérpretes em virtude de repetição acrítica pela doutrina; o mesmo há que se dizer aliás do “princípio do concurso público”, “princípio da irreduzibilidade de vencimentos”⁶², “princípio da anterioridade tributária”, entre outros.

Precisamente também a *repetição acrítica pela doutrina*, a que acabamos de aludir, cria outra categoria de argumentos que influem no processo decisório. Assim é que, entre os britânicos, adquiriu validade empírica o princípio da soberania *contínua* do Parlamento, que prega ser vedado àquele órgão limitar o seu próprio poder prospectivamente (como faz a Constituição brasileira, através do instituto das cláusulas pétreas, por exemplo). Como aponta Hart⁶³, o referido princípio deve a sua aceitação — e, através dela, sua validade — empírica meramente à doutrina austiniana, tão influente entre os anglo-saxões. Que o Parlamento inglês seja hoje entendido como ilimitável nesse sentido não passa de um fato empírico e contingente.

Através do mesmo mecanismo veio à luz, entre nós, o famigerado “princípio do direito de não produzir prova contra si mesmo”, esgueirando-se por entre tratados doutrinários, muito antes de ser de fato um direito positivado em nosso ordenamento — essa positivação não havia ocorrido pelo menos até 2006⁶⁴. O mesmo precisa ser dito do correlacionado “princípio do direito ao silêncio”, aliás, que tomou prematuramente os contornos de garantia incondicionada de que hoje desfruta, quando ainda o direito infraconstitucional estipulava que o exercício do direito de permanecer calado poderia ser interpretado em prejuízo do réu (artigo 186 do Código de Processo Penal). Em verdade, por descuido do legislador, mesmo hoje a referida garantia deve mais o seu amplo conteúdo à *communis opinio doctorum*; pois, conquanto a alteração trazida pela Lei n.º 10.792/03 tenha adicionado ao artigo 186 salutar disposição, no sentido de não mais poder ser o silêncio do réu inter-

62 Esses últimos exemplos são encontrados em BARROSO, 2015.

63 HART, op. cit., p. 149.

64 Vide MORO, Sergio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 853. p. 437, 2006. A primeira norma a referenciar tal princípio de que temos notícia foi a chamada “lei de abuso de autoridade” (Lei n.º 13.869/2019), em seu artigo 13, inciso III.

pretado em seu prejuízo (artigo 186, parágrafo único), olvidaram-se sem embargo os congressistas de alterar o artigo 198 do mesmo *codex*, que continua a dispor que o exercício do silêncio pode ser interpretado em prejuízo da defesa⁶⁵. É nesse diapasão que temos hoje, em primeiro, a disposição constitucional, que permite ao réu “permanecer calado”, sem dispor sobre as consequências deste exercício (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição); em segundo, o artigo 186 da *Strafprozeßordnung*, que prevê o mesmo direito e veda a sua interpretação em prejuízo da defesa; e, em terceiro, o artigo 198 do mesmo código adjetivo, que mais uma vez possibilita ao réu o exercício do mutismo, mas estabelece que *pode* ele constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Todos e cada um dos protoargumentos — chamemo-los assim por ora — acima ilustrados (o problema dos “cânones da interpretação”; a aplicação dos “critérios de interpretação contidos no direito positivado”; a relação entre as “regras” e os “princípios jurídicos”; e as “opiniões acriticamente reproduzidas pela dogmática”) são diuturnamente conjugados, junto com múltiplos outros, pelos julgadores, em um plexo de ideias retoras; do qual pinçam, ora uma, ora outra, para satisfazer a necessidade de fundamentação das decisões proferidas. Dentro desse plexo repousam, em outras palavras, “pontos de vista — tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica — que possam ter algum relevo para a solução”; nesses termos descreveu o juiz alemão Theodor Viehweg, em 1953, o procedimento que chamou de “tópica”, em *Topik und Jurisprudenz*⁶⁶.

Na teoria do magistrado teutônico, os juízes procedem a um processo especial de tratamento dos problemas postos antes si, em orientação antes ao problema concreto (e a todos os argumentos, no sentido mais amplo do termo, que tenham de ser ali levados em conta) que ao sistema jurídico ao seu fundo. Partem, com efeito, do problema ao problema; assumem dentro desse procedimento o protagonismo do debate — forçosamente do juiz consigo mesmo — aqueles argumentos, aos quais chama Viehweg por *topoi*; e aos quais poderíamos nós, para fins didáticos e de tradução, chamar *argumentos latissimo sensu*⁶⁷.

65 Referi-me já a este problema em MOREIRA, Paulo. **O direito ao silêncio e o elevado índice de condenação na justiça criminal japonesa**. Unisantia Law and Social Science, [S.l.], v. 7. n. 1. p. 79, 2018.

66 Cf. LARENZ, op. cit., p. 201.

67 Há registro de outras traduções, como a de “lugar comum” em MATTA, José Eduardo Nobre. **O pensamento tópico — a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4. n. 15. p. 214, 2001.

Não são poucas as críticas levantadas à “tópica”. Por todas, podemos tomar como exemplo as de Karl Larenz⁶⁸, Robert Alexy⁶⁹, e Manuel Atienza⁷⁰. Conquanto assista-lhes razão, essas críticas direcionam-se de qualquer maneira à tópica enquanto uma filosofia do Direito. Essa não é, contudo, a direção que tomamos neste trabalho. Nosso empreendimento é, como já foi dito, um *descritivo*, e não *valorativo*. É-nos útil o emprego da tópica apenas enquanto ela nos auxilia a expor o estado atual da jurisprudência — mas já não enquanto uma filosofia do Direito que busque o legitimar.

O mesmo há que ser dito da alcunha de “realismo legal”, cuja atribuição ao nosso estudo deve ser desde já rebatida, ou, ao menos, refinada. Pois também o que veio a se chamar de realismo legal pode ser empregado meramente como “uma técnica de busca de tecnologias legais mais efetivas”, em vez de “como uma filosofia”⁷¹.

Por esses motivos, de pouco nos serve, por exemplo, a advertência de Alexy⁷², sobre ser “totalmente consequente a constatação de Viehweg” de que, na tópica, “a discussão acaba por ser ela mesma a última instância de controle”. Pois conquanto concordemos com a conclusão — e se bem que poderia mesmo ela enfraquecer, ou quiçá inviabilizar a tópica enquanto uma filosofia do Direito —, estamos a usá-la aqui, ao fim e ao cabo, como uma lente mais nítida por meio da qual analisar-se o processo adjudicatório *tal como ele hoje é*. E, de fato, *tal como ele hoje é*, não reclama tal processo uma outra “instância de controle”: seja em virtude do caráter final e autoritativo de que as decisões, em último grau, revestem-se e necessitam revestir-se; seja porque, paralelamente, nenhuma filosofia do Direito logrou, até o presente estágio, impingir uma teoria da interpretação como a única permitida pela razão, a despeito do quão “fechada” ou “aberta” seja. Nada restringe hoje, aprioristicamente, o resultado do processo racional decisório dos juizes — precisamente por isso *direito é o que o tribunal diz que é*. Com isso não se afirma que este seja o estado “ótimo” do Direito, nem que esta seja a “natureza (intrínseca e imutável) da coisa” “Direito”.

Mas voltemos à tópica. Os “pontos de vista” de qualquer natureza, a que chamamos argumentos *latissimo sensu*, e dos quais valem-se os juizes, têm o caráter de enunciados “verossímeis”, “plausíveis”, “tendentes à aceitação” da maioria, ou

68 LARENZ, op. cit., p. 201-204.

69 ALEXY, 2007, p. 52-57.

70 ATIENZA apud MATTA, op. cit., p. 216-217.

71 Cf. o prefácio em LLEWELLYN, op. cit. Entende Llewellyn mesmo que o realismo legal (do qual fora por vezes acusado de ser o principal expoente) “é e sempre foi” *apenas* uma “técnica de busca de tecnologias legais mais efetivas”, tendo sido *erroneamente tomado* por uma filosofia.

72 ALEXY, op. cit., p. 56.

dos mais sábios — em outras palavras, da *εὐδοξία* grega⁷³. Uma listagem de exemplos desses argumentos denuncia rapidamente a sua ampla diversidade: “vinculação do juiz à lei”, “ideia de justiça”, “lacuna da lei”, “silêncio eloquente’ do legislador”, “*ratio legis*”, “vontade do legislador histórico”, “lei especial revoga lei geral”, “interpretação sistemática do direito” — ou qualquer outro “cânone da interpretação” —, “fontes do direito”, e “deferência ao precedente”. Perceba-se também que cada dupla dos argumentos apresentados compreende dois tópicos utilizados mormente para justificar decisões de jaez diametralmente oposto — assim é, por exemplo, com a “*ratio legis*” (ou o sentido normativo da lei) e a “vontade do legislador histórico”; bem como com o “cânone” da “interpretação sistemática do direito” em relação às “leis especiais” ditas “revogadoras das leis gerais”. Organizamo-los assim para demonstrar mais outra característica dos argumentos *latissimo sensu*: a ausência de qualquer relação hierárquica fixa pré-dada entre eles. A lei, nesse diapasão, é apenas mais um tópico, posto que um dos mais “tendentes à aceitação”⁷⁴.

De tudo isso segue-se que qualquer argumento em sentido latíssimo pode ser vencido por qualquer outro. Fizemos já antes referência ao acórdão da Corte Constitucional onde cedeu o tópico “não há crime sem lei anterior que o defina”, inobstante o seu suposto peso dentro do sistema jurídico enquanto princípio, regra constitucional e regra legal infraconstitucional. Cede outrossim com notável frequência o argumento-princípio “o ônus da prova incumbe à acusação” (*in dubio pro reo*), quando, nos crimes contra o patrimônio, há apreensão da *res furtiva* em posse do acusado; prioriza aqui a jurisprudência o argumento “vinculação à lei” (especificamente ao artigo 156 do código processual getulista) para inverter o ônus da prova para o réu, que fica então incumbido de provar a sua própria inocência⁷⁵.

Em referência ao argumento “vinculação à lei”, aliás, tem crescido o interesse dos operadores do Direito por disposições de outro código processual — o civil —, outrora excessivamente ignoradas: os artigos 489, § 1º, inciso VI, e 927, inciso IV, que em efeito positivaram as súmulas (mesmo as não vinculantes) e os precedentes, na medida em que declaram insuficientemente fundamentada qualquer de-

73 Cf. ALEXY, op. cit., p. 53-55.

74 A esse sentido, STRUCK apud ALEXY, op. cit., p. 54.

75 Vide STRECK, Lenio Luiz. **A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os tribunais estaduais contra o STF**. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 2. n. 3. p. 201-219, dez. 2015. É comum também que ceda o argumento *in dubio pro reo* em favor do argumento *in dubio pro societate*, nos casos em que a *repetição acrítica pela doutrina* o consagrou (mormente no momento da prolação da pronúncia, ou mesmo no do recebimento da denúncia). Sobre a falta de amparo normativo para o “princípio do *in dubio pro societate*”, vide o Recurso Extraordinário com Agravo 1.067.392.

cisão que os não observe, quando forem aplicáveis ao caso decidendo. Em virtude da inovação legislativa⁷⁶ têm os juristas logrado influenciar os julgadores a priorizar o argumento “deferência ao precedente”, em medida por vezes comparável a países onde nunca havia sido negada normatividade aos precedentes judiciais, em virtude de serem regidos pela *common law*. O mesmo há que se dizer das súmulas. Por certo podem sempre ainda os juristas, de qualquer modo, e quando for de seu interesse e do de seu cliente, postular ao invés a “vinculação à lei”, remetendo o intérprete às “fontes do direito” — e, implicitamente, à tradicional repulsa da teoria clássica das fontes em reconhecer a doutrina e a jurisprudência como parte integrante destas.

Em defesa da vinculação à lei positiva (em detrimento dos precedentes ou das súmulas), pode-se bem ainda invocar argumentos políticos, como “separação dos poderes”, ou filosóficos, como a “justiça inerente na aplicação da lei”⁷⁷ (também formulada como “princípio da regularidade” ou da “segurança jurídica”). Quanto mais se pensa, mais argumentos *latissimo sensu* podem ser recobrados à mente para fundamentar a opinião do intérprete. Apontamos este aspecto dos argumentos com o fito de demonstrar outra de suas características: o número praticamente infinito de tópicos possíveis⁷⁸.

A “tópica” de Viehweg, que, portanto, opera com a figura dos argumentos *latissimo sensu*, como o objeto — ou categoria de objetos — que é de fato central no sentimento dos juízes, atraiu, mormente na Alemanha, um interesse pouco habitual⁷⁹; a despeito de ser alvo de tantos e tão apropriados ataques, se compreendida enquanto uma filosofia do Direito. Obtemperamos que o que ainda a faz tão seduzente é a sua propriedade enquanto uma técnica por meio da qual *descrever*, e não *justificar*. Se é mesmo justo pensarmos na jurisprudência em termos tópicos, então cabem aqui, ao mesmo tempo, um reavivamento e um refinamento daquela ideia de Llewellyn⁸⁰, quando aduzia que devem ser objeto do nosso estudo as ações dos juízes, e não as suas palavras. A advertência do professor, de que o essencial para o jurista é a perscrutação das maneiras de como influenciar aquelas ações, deve

76 Neste sentido vêm por exemplo Didier e Souza, afirmando que “O CPC/2015 inseriu explicita e inequivocamente o precedente judicial na dogmática jurídica processual contemporânea”; cf. DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 2. n. 1. p. 119, 2015.

77 No passado invocaram essa característica do valor justiça tanto autores que de fato acreditam nesse valor, e que crêem haver nele algum conteúdo verdadeiramente dado à razão e objetivo — Pawlowski, Engisch, Alexy, Larenz — quanto autores que acreditavam ser ela uma “ideia irracional” e “não [...] sujeita à cognição” — veja-se KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19-20.

78 Cf. LARENZ, op. cit., p. 203.

79 Neste sentido LARENZ, op. cit., p. 204.

80 LLEWELLYN, op. cit., p. 9.

traduzir-se em um crescente interesse pelos argumentos tópicos. Em verdade, já hoje argumentam os juristas “topicamente”⁸¹, mediante a suscitação do máximo de argumentos possíveis em favor dos seus clientes; assim, em um caso onde só seria necessário apontar a regra constitucional que dá “por Direito” o bem da vida perseguido pelo seu patrocinado, amiúde vai o patrono mais além, se bem que tal atitude fosse “redundante” de um ponto de vista da ciência tradicional do Direito: invoca ele também leis infraconstitucionais, regulamentos, e mesmo precedentes soltos, que militem a favor do interesse perseguido. Comumente voltará mesmo a sua atenção para argumentos novos, que podem ou não ter natureza jurídica. Nesse processo, tentará prever o valor atribuído pelo tribunal a cada tópico; assume aí a casuística todo aquele central papel que Llewellyn lhe reconhecia, como a bitola por meio da qual faz-se possível calibrar aquela atividade preditiva.

Fazer nascer uma apetência maior dos juristas pela discussão referente ao caso requer um ensino diferente do Direito. É disso que nos ocuparemos na seção 3.2.

3.2. TRANSFORMAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO — DE TEORIA DAS NORMAS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO

O professor Reinaldo de Lima Lopes, em escrito dado à estampa em 2009, alude a um processo, sendo levado a cabo — crê-o Lopes — nas últimas décadas, de “deslocamento da teoria do direito de uma teoria das normas para uma teoria da decisão”⁸².

Segundo o docente da USP, cada uma dessas “teorias” determina “tanto a maneira como se ensina direito como a maneira de se debaterem questões jurídicas e se tomarem decisões jurídicas na prática, isto é, no mundo não acadêmico, seja pelos profissionais, seja pelos cidadãos comuns”. Ao concentrarmo-nos no que são as normas — antes que no que fazem os juristas com estas — concluiremos, primeiro, que o direito é uma “coisa”, [...] talvez mesmo um texto”; segundo, que o jurista “parece exercer a atividade de descrever ou *falar* sobre os textos (as proposições jurídicas)”. Contudo, se, diferentemente, tomamos como ponto de partida uma “teoria da decisão”, então “chamamos a atenção para o que *fazem* os juristas, e, portanto, teremos do direito a impressão de que se trata de um fazer, na minha opinião num deliberar sobre as ações a partir das regras jurídicas”⁸³.

81 Concorde LARENZ, op. cit., p. 204; posto que sua concordância seja muito condicionada.

82 LOPES, op. cit., p. 43.

83 LOPES, op. cit., p. 44, grifos nossos.

Com isso, acaba por lembrar-nos da dicotomia já introduzida por Llewellyn, e do seu fito, enquanto professor na CU, de mover o ensino do direito das *palavras* dos julgadores para as suas *ações*⁸⁴.

Certamente as duas visões desembocam em “objetos teóricos distintos”; por isso mesmo “podem ser avaliadas como mais, ou menos adequadas à realidade à qual se referem” — forçosamente a realidade jurídica. Com isso não nega Lopes qualquer papel a uma teoria das regras jurídicas compreendidas no sistema; mas também não se coíbe de sugerir que “talvez a teoria da decisão seja mais abrangente — e, portanto, melhor como teoria do direito — do que uma teoria das normas”⁸⁵. Reforça esse ponto mais adiante:

ora, apresentar a teoria analítica das normas como uma descrição adequada do direito é um grande equívoco, quando o que entendemos por direito é a atividade de tomar decisões segundo regras jurídicas. Não digo que os teóricos das normas — alguns deles pelo menos — tenham incorrido nesse equívoco, mas há uma ideia generalizada de que isso é assim, de que as regras jurídicas são o que se deve aprender⁸⁶.

Com isso reverbera mais uma vez as admoestações feitas, mais de metade de um século em adianto, por Karl Llewellyn. Se *as regras importam*, como postulou o jurista americano, *apenas na medida em que elas nos ajudam a prever o que os juízes farão*; se de fato *de nada importam para além disso, senão como meros brinquedos*, então há que se perguntar se assistia também razão ao autor desse aforismo quando pregava que deveriam ao invés “as *ações* [dos decisores], bem como os meios de influenciá-las e de prevê-las, constituir o ‘direito’ que se deve estudar”⁸⁷. A nós nos parece que, enquanto adotarmos uma teoria das normas, não espelharemos o que fazem os juristas apropriadamente⁸⁸.

Essa necessidade — de que as *ações* dos juízes, bem como os meios de influenciá-las e de prevê-las, constituam o “direito” a se estudar — é-nos a nós, juristas, aliás, muito mais urgente e imediata que ao leigo que dispõe de mero interesse econômico em ordenar-se a si e a seus afazeres de maneira “conforme ao direito”. Pois “as cortes afetam as pessoas de modo assaz diferente através das ações que efetuam em relação às disputas”, aduz Llewellyn. As cortes afetam as pessoas “indiretamente” porque estas “se preocupam em adianto *até certo grau* com o que as cortes

84 Vide seção 2 supra.

85 LOPES, op. cit., p. 44-45.

86 LOPES, op. cit., p. 77.

87 LLEWELLYN, op. cit., p. 8, tradução nossa, grifo nosso.

88 Cf. LOPES, op. cit., p. 45.

poderão fazer com elas, ou para elas. Mas enquanto *pessoas* preocupam-se apenas incidentalmente com as cortes, o *advogado* se preocupa com elas por profissão.”⁸⁹ O jurista é o “ponto de contato” entre as pessoas e os juízes.

Lopes confirma, inobstante, que os resultados da escolha por um ou por outro método refrangem-se não só sobre o exercício profissional da atividade jurídica, mas também sobre o ensino desta: “na medida em que encaramos o direito como um saber especulativo sobre um objeto dado (a norma), tendemos a ensiná-lo de um jeito. Se o encararmos de outra forma, como um deliberar segundo regras, tendemos a [ensiná-lo] de outra forma”⁹⁰. A frustração do professor com o ensino jurídico enquanto teoria das normas é melhor ilustrada na admoestação tirada de Veach:

Afinal de contas, para um homem que deseja dirigir um carro, seria uma experiência bastante frustrante se seu instrutor sistematicamente se recusasse a dizer-lhe o que fazer, limitando inteiramente suas observações a uma análise da linguagem usada nos manuais de direção e evitando qualquer comentário quanto a se as instruções que efetivamente constam do manual eram para ser seguidas ou não⁹¹.

Ora, não ilude o professor ao aluno, precisamente dessa maneira, quando ensina-lhe um “catálogo de cânones”? Não procederia melhor se demonstrasse, com Llewellyn, como não só para todo cânone, mas para potencialmente toda regra de interpretação jurídica existe uma contra-regra oposta e igualmente plausível⁹²? Se há jurisprudência concreta adotando — por uma — o cânone ou regra segundo o qual “uma lei não pode ser interpretada para além de seu texto”⁹³, e se há ainda uma que adota — por outra — o princípio de que “para cumprir o seu propósito, uma lei pode ser interpretada para além de seu texto”⁹⁴; se há uma que adota a regra “onde a intenção é clara, não há lugar para a interpretação”⁹⁵, e outra que adota a de que “as cortes têm o poder de investigar a real intenção, em oposição à explícita”⁹⁶; se há uma que adota a regra “os títulos não controlam o sentido; os preâmbulos não

89 LLEWELLYN, op. cit., p. 23, tradução nossa, grifo nosso.

90 LOPES, op. cit., p. 46.

91 VEACH apud LOPES, op. cit., p. 51.

92 Cf. LLEWELLYN, Karl. **Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed.** Vanderbilt Law Review, Nashville, v. 3. n. 3. p. 401, 1950.

93 First National Bank v. DeBerriz; cf. nota 92 supra, tradução nossa.

94 Dooley v. Penn.; cf. nota 92 supra, tradução nossa.

95 Federoff v. Birks Bros.; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 402, tradução nossa.

96 Coulter v. Pool; cf. nota 95 supra, tradução nossa.

expandem o escopo; nomes de capítulos não alteram linguagem”⁹⁷, e outra a que diz “os títulos podem ser consultados como um guia em caso de dúvida ou obscuridade no corpo do texto; preâmbulos podem ser consultados para determinar o sentido da lei, e portanto a interpretação certa dos termos; nomes de capítulos podem ser lidos como parte da própria lei”⁹⁸; se uma parte de que “a todas as palavras e cláusulas deve ser dado efeito”⁹⁹, e outra de que “se inseridas por desatenção ou se repugnantes ao resto da lei, elas podem ser descartadas como um excesso de linguagem”¹⁰⁰; se em uma diz-se que “deve-se presumir que a linguagem da lei foi escolhida com a observância das regras gramaticais adequadas, não podendo ser substituída livremente em virtude de meras ilações”¹⁰¹, e em outra que “o ‘e’ e o ‘ou’ podem ser substituídos um pelo outro quando quer que isso seja necessário para dar à lei sentido e efeito”¹⁰²; *em casos tais*, não seria um *dever* do formador de juristas ensinar todas as regras em oposição, a fim de que possam ser usadas por estes juristas na melhor e ideal defesa de seus clientes, em cumprimento de sua função panegírica?

Não poderia o professor levar igualmente seu aluno a erro por omissão? Imagine-se, por exemplo, que ensine as regras relativas ao “regime de separação de bens”, sem mencionar como a jurisprudência efetivamente decidirá sobre a questão, em vista da súmula 377 do STF — que em efeito deturpou integralmente esse regime, ao determinar a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Não poderia-se mesmo arguir que o aluno estaria melhor informado, e mais tendente a servir corretamente o seu cliente se *não* tivesse assistido àquela aula?

Forma melhores juristas o professor que se prende à vetusta teoria clássica das fontes, e por isso nega tratar os precedentes como as cortes os tratarão — isto é, como fontes de direito —, ou aquele que reconhece a positivação dos precedentes levada a cabo pelo novo Código de Processo Civil, e ocupa-se ao invés de mostrar — como também o fez Llewellyn — 64 maneiras diferentes de se lidar com um precedente?¹⁰³

97 Westbrook v. McDonald, Huntworth v. Tanner; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 403, tradução nossa.

98 Brown v. Robinson, Gulley v. Jackson; cf. nota 97 supra, tradução nossa.

99 *In re Terry's Estate*; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 404, tradução nossa.

100 United States v. York; cf. nota ⁹⁹ supra, tradução nossa.

101 Hines v. Mills; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 406, tradução nossa.

102 Fulghum v. Bleakley; cf. nota 101 supra, tradução nossa.

103 Cf. LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77-91.

Voltando a Lopes, congruentemente, não o surpreende que, “tendo majoritariamente aderido à teoria das normas, nossas faculdades de direito sejam frequentemente acusadas de não oferecerem nada de prático aos alunos”¹⁰⁴. A isso só podemos dar o nosso assentimento.

É sem embargo claro que, em verdade, o ensino do Direito dá-se em uma circunstancialidade especial, que acaba por limitar, em certo grau, as possibilidades de seu desenvolvimento; assim é porque uma das principais preocupações dos docentes, ao menos na graduação, é o exame de ingresso na Ordem dos Advogados. Por isso mesmo torna-se anoveadamente mais difícil a transição aqui defendida, para uma teoria da decisão. Com efeito, ela só poderá ser lograda na medida em que a comunidade jurídica — e inclusive a Ordem — aumentar a sua percepção do caráter “problemático” e “orientado ao caso” da atividade dos juízes, e da propriedade da apreensão desta atividade como um empreendimento orientado a argumentos *latissimo sensu*, antes que à lei estritamente. Com este ensaio esperamos contribuir em alguma medida nesse debate.

4. CONCLUSÃO

Há uma tendência na Filosofia do Direito, legítima em não despreciando grau, que visa descrever, de maneira mais realista, o papel da discussão orientada ao caso concreto dentro do processo decisório contemporâneo. Ela desembocou na feitura de diversas teorias da argumentação jurídica; representativas a este respeito são as de Martin Kriele, Robert Alexy, e a de Theodor Viehweg¹⁰⁵.

Neste estudo, tentamos, em um primeiro momento, legitimar aquele modo de abordar a jurisprudência moderna, endereçando o espírito contrário — a doutrina que descreve o processo decisório como caudatário aos limites logico-formais de sentido das normas gerais. Abordamos a sua exposição mais eloquente — o *soft positivism* de Hart — e concluímos, de sua própria leitura, que ela era inadequada, se pretendemos ver o Direito de maneira realista. Defendemos então a adoção de um método substituto para a apreensão do processo decisório: o da “tópica” de Viehweg. Entendendo que este processo amolda-se, hodiernamente, muito mais a um procedimento “tópico”, expomos como a teoria do juiz tedesco descreve um processo de busca pela “justiça do caso” através da concatenação de argumentos, no sentido mais amplo do termo, vindo mesmo a abarcar pontos de vista amiúde tidos por “estranhos” e “impróprios” à ciência jurídica. Diferenciamos o uso que

104 LOPES, op. cit. p. 46.

105 Vide a este sentido LARENZ, op. cit., p. 171; PERELMAN apud LARENZ, op. cit., p. 245; e LOPES, op. cit., p. 54-55.

estávamos então a fazer da tópica de um outro uso possível: o emprego da tópica *como uma filosofia do Direito*.

Sobre este último ponto cabem algumas poucas observações adicionais. Juristas de grande renome já reconheceram que o pêndulo do Direito inclina-se hoje muito mais para a justiça do caso¹⁰⁶; nesses momentos, parece sedutor culpar a “perda de autoridade do legislador atual”¹⁰⁷ ou uma “retração” do Poder Legislativo¹⁰⁸. Em nosso entendimento, contudo, a escalada da orientação ao caso concreto na resolução dos problemas e de procedimentos de cariz “argumentativo” como o descrito na tópica deve-se a um fator diferente — nomeadamente ao vácuo que existe no problema do “sistema jurídico”. Especificamente neste cenário pôde a tópica defender abertamente o processo racional decisório como um procedimento “circular”¹⁰⁹ e “assistemático”¹¹⁰ que, partindo do problema ao problema, tenha o sistema “em pouca conta”¹¹¹. O remédio para o estado das coisas atual está no fortalecimento do sistema, e não do Poder Legislativo. Essa solução só poderá ser provida por uma filosofia do Direito que se imponha racionalmente.

Em outras palavras: que a jurisprudência de hoje tenha o caráter que descrevemos neste ensaio é apenas um fato contingente; poderia, portanto, ser diferente amanhã. É sem embargo de insuperável importância ao jurista de hoje o estudo ontológico do direito tal como ele hoje se nos antolha. À Teoria do Direito sobram o poder e o dever de apresentar deontologicamente um novo paradigma. Por ora, torna-se-nos possível operar e ensinar o Direito melhor se estudarmos o fenômeno jurídico através de uma lente realista; para este empreendimento o emprego da tópica, aqui defendido, mostra-se apenas um dos métodos possíveis.

106 Vide por exemplo LARENZ, op. cit., p. 494; BARROSO, op. cit.

107 LARENZ, op. cit., p. 494.

108 Cf. BARROSO, op. cit.

109 Vide LARENZ, op. cit., p. 201.

110 Vide MATTA, op. cit., p. 214.

111 Vide LARENZ, op. cit., p. 171.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Lima: Palestra, 2007. 550 p.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12. n. 96. p. 5-43, 2010.
- _____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 583 p.
- DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2. n. 1. p. 99-120, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978. 371 p.
- HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University, 1994. 315 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p.
- _____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.
- LLEWELLYN, Karl N. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 3. n. 3. p. 395-406, 1950.
- _____. **The bramble bush**. 2. ed. New York: Oceana, 1951. 160 p.
- _____. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960. 565 p.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Entre a teoria da norma e a teoria da ação**. p. 43-78. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus, 2009. 289 p.
- MATTA, José Eduardo Nobre. O pensamento tópico — a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4. n. 15. p. 210-217, 2001.
- MOREIRA, Paulo. O direito ao silêncio e o elevado índice de condenação na justiça criminal japonesa. **Unisanta Law and Social Science**, [S.l.], v. 7. n. 1. p. 78-98, 2018.
- MORO, Sergio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853. p. 429-441, 2006.
- POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University, 2008. 387 p.
- SOUZA, Luciano Pereira de; CALIXTO, Renata Rocha Gircis. A criminalização da homofobia pelo STF: interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu. **Unisanta Law and Social Science**, [S.l.], v. 9. n. 1. p. 65-89, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os tribunais estaduais contra o STF. **Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná**, Curitiba, v. 2. n. 3. p. 201-219, dez. 2015.
- STRUCK, Gerhard. **Topische jurisprudenzen**. Frankfurt: Athenäum, 1971. 118 p.
- VIEHWEG, Theodor. **Topik und jurisprudenzen**. München: Beck, 1953. 75 p.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A REAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO ENTRE OS ANOS 2018-2022

THE PARTICIPATION OF THE PROSECUTION OFFICE AND THE REACTION OF THE JUDICIARY IN GUARANTEEING THE DRINKING WATER SUPPLY: AN EMPIRICAL ANALYSIS IN THE STATE OF SAO PAULO BETWEEN THE YEARS 2018-2022

Pedro Paulo de Tarso Augusto Robrer¹

RESUMO: A pesquisa investigou a atuação do Ministério Público e a reação do Poder Judiciário na garantia do abastecimento de água potável, a partir da análise das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e julgadas pelo Poder Judiciário paulista entre 01 de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2022. A hipótese foi a de que o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Tribunal de Justiça de São Paulo abordaram o abastecimento de água potável não meramente como um serviço público, mas também como um direito social, além de serem mais protetivos e garantidores do acesso à água, pois, dado à sua essencialidade, ele deve ser assegurado a toda a população pelo Poder Público. A pesquisa restringe-se a analisar as ações propostas pelo *Parquet* tramitadas em 1ª instância, perpassando pelas petições iniciais, eventuais decisões interlocutórias e as sentenças proferidas, sem prejuízo de análises mais aprofundadas dos casos a depender da necessidade para sua melhor compreensão. Após a investigação, constatou-se que, no Estado de São Paulo, o Ministério Público e o Poder Judiciário, ainda que não tenham abordado de forma massiva o abastecimento de água potável também como um direito social, reconheceram a sua relevância e essencialidade à população, além de serem mais protetivos e garantidores do acesso à água, contribuindo para que o Poder Público assegure a todos o acesso à essa prestação pública

1 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, graduando em Licença e Master 1 de Direito Francês pela Université Lumière Lyon 2 e pós-graduando em Direito Público pela Legale Educacional. Reside na cidade de São Paulo. Email: pedrorohrer@gmail.com. Este artigo é resultado da pesquisa realizada em ROHRER, Pedro Paulo de Tarso Augusto. **O papel do Ministério Público e do Poder Judiciário no tocante à garantia do abastecimento de água potável: uma análise empírica no Estado de São Paulo entre os anos de 2018-2022.** Tese de Láurea - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Departamento de Direito Processual - Professora Orientadora Susana Henriques da Costa, 2023.

tão importante, inclusive durante a pandemia do COVID-19, o que confirmou parcialmente a hipótese da pesquisa.

Palavras-chave: Abastecimento de Água Potável. Ministério Público. Processo Coletivo. Processo Estrutural. Pesquisa Empírica.

ABSTRACT: The research investigates the participation of the Prosecution Office and the reaction of the Judiciary in guaranteeing the drinking water supply, based on an analysis of the public-interest civil actions filed by the Prosecution Office of the State of São Paulo and judged by São Paulo Judiciary between January 1, 2018, and December 31, 2022. The hypothesis was that the Prosecution Office of the State of São Paulo and the São Paulo Court of Justice approached the drinking water supply not merely as a public service, but also as a social right, in addition to being more protective and guaranteeing access to water, since, given its essentiality, it must be guaranteed to the entire population by the Government. The research was restricted to analyzing the lawsuits filed by the Prosecution Office only in the 1st instance, going through the complaints, any interlocutory decisions, and the judgments, without prejudice to more in-depth analysis of the cases depending on the need for a better understanding. After the investigation, it was found that, in the state of São Paulo, the Prosecution Office and the Judiciary, although they have not massively addressed the drinking water supply as a social right, they have recognized its relevance and essentiality to the population, in addition to being more protective and guaranteeing access to water, contributing to the Government ensuring access to this very important public service for all, including during the COVID-19 pandemic, which partially confirmed the research hypothesis.

Keywords: Drinking Water Supply. Prosecution Office. Collective Litigation. Structural Litigation. Empirical Research.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo investigar a atuação do Ministério Público (MP) e a reação do Poder Judiciário (PJ) no tocante ao abastecimento de água potável, a partir da realização de uma pesquisa empírica jurisprudencial, na qual foram analisadas as ações civis públicas (ACPs) propostas pelo MP do Estado de São Paulo (MPSP) e julgadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entre 01 de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2022.

A pesquisa restringe-se a analisar as ações propostas pelo *Parquet* tramitadas em 1ª instância, perpassando pelas petições iniciais, eventuais decisões interlocutórias e as sentenças proferidas, sem prejuízo de análises mais aprofundadas dos casos a depender da necessidade para sua melhor compreensão.

A hipótese é a de que o MPSP e o TJSP abordaram o abastecimento de água potável não meramente como um serviço público, mas também como um direito social, além de serem mais protetivos e garantidores do acesso à água, pois, dado à sua essencialidade, ele deve ser assegurado a toda a população pelo Poder Público.

Ademais, considerando a crise gerada pela pandemia do COVID-19 e o papel do acesso à água potável para mitigar a contaminação de doenças infectocontagiosas², a pesquisa também será aproveitada, a partir das mesmas premissas metodológicas, para compreender o papel do MPSP e do TJSP no enfrentamento da pandemia no Estado de São Paulo, especialmente para garantir a manutenção do abastecimento de água potável nesse período.

2. O ACESSO À ÁGUA: DE DIREITO SOCIAL A SERVIÇO PÚBLICO

Para além da importância biológica³, a água tem papel fundamental na alimentação e na higiene pessoal, tendo em vista ser necessária não apenas para a hidratação do ser humano, mas também para as suas necessidades básicas, como se banhar e lavar as mãos. Portanto, para garantir a existência minimamente digna da humanidade, é preciso garantir o acesso à água, ensejando a sua tutela pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Devido a sua natureza prestacional, os direitos sociais demandam uma atuação positiva do Poder Público para a sua realização, uma vez que a sua principal

2 Nesse sentido, AFFONSO, Márcio Vinicius de Gouveia et al. **O papel dos Determinantes Sociais da Saúde e da Atenção Primária à Saúde no controle da COVID-19 em Belém, Pará**. Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, 2021; e ESTADO DE SÃO PAULO. **SP contra o novo coronavírus**. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/>>.

3 MOURÃO JÚNIOR, Carlos Alberto; ABRAMOV, Dimitri Marques, **Fisiologia Humana**, 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021, p. 22.

finalidade é a promoção da igualdade material, garantindo *condições dignas de sobrevivência a todos*⁴⁻⁵.

Caso os programas e políticas públicas para a realização de direitos sociais sejam deficitários e insuficientes, a garantia desses direitos pode ser demandada ao PJ, que deverá realizar o “controle de políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais”⁶. Entretanto, a judicialização dos direitos sociais deve ser vista com cautela; como a realização desses direitos custa muito dinheiro, carece atenção do PJ, notadamente quanto ao mínimo existencial⁷, para não interferir ou atrapalhar outras políticas governamentais planejadas ou em andamento⁸.

O art. 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) determina a incumbência do Poder Público, para a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Portanto, da própria interpretação literal do texto constitucional, é possível desprender um elemento essencial da caracterização do serviço público, qual seja, o vínculo orgânico com a Administração Pública, ainda que o serviço possa ser delegado por concessão ou permissão a particulares⁹.

A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, alterada significativamente pela Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, institui o Marco Regulatório do Saneamento Básico e considera o abastecimento de água potável como uma espécie de saneamento básico (art. 3º, I, “a”).

4 SILVA, Virgílio Afonso da, **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77. CANELA JUNIOR, Osvaldo, O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas, *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.), **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 229–230.

5 Apesar de apresentarem uma essência prestacional, existem direitos sociais que não exigem a atuação positiva do Estado, mas um dever de abstenção, como o direito à greve e o direito à liberdade de associação sindical, nos termos dos arts. 8º e 9º da CF/88. Cf. COSTA, Susana Henriques da, A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo, *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.), **O processo para solução de conflitos de interesse público**, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 399.

6 WATANABE, Kazuo, Controle jurisdicional das políticas públicas - “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.), **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 216.

7 COSTA, A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo, p. 399.

8 Nesse sentido, SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.), **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 596–598.

9 MEDAUAR, Odete, **Direito Administrativo Moderno**, 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 330.

A promoção do abastecimento de água potável é de competência material comum entre todos os federados, nos termos do art. 23, IX, da CF/88¹⁰. Entretanto, a Lei nº 11.445/2007, em seu art. 8º, *caput*, define a titularidade dos serviços públicos de abastecimento aos Municípios e ao Distrito Federal, no caso de interesse local, ou ao Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum; ainda, dado a sua essencialidade¹¹, por estar envolvido a um direito fundamental, trata-se de um serviço obrigatório, em que o Poder Público tem o dever de prestá-lo, diretamente ou por intermédio de terceiros, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 11.445/2007¹².

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a obrigatoriedade da continuidade quanto ao serviço público essencial no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu art. 22, *caput*, pela qual os serviços essenciais devam ser fornecidos de forma adequada, eficiente, segura e contínua¹³. Por sua vez, a Lei nº 11.445/2007 define, em seu art. 2º, os princípios fundamentais que nortearão a prestação dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil, o que como já abordado anteriormente, também inclui o abastecimento de água potável. Nesse sentido, o serviço de abastecimento deverá ser oferecido com base na universalização do acesso e efetiva prestação do serviço (art. 2º, I), mas também deverá considerar a eficiência e a sustentabilidade econômica (art. 2º, VII), o que implica atentar-se à capacidade de pagamento dos usuários.

10 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;” Cf. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

11 A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, estabelece, em seu art. 10, um rol de serviços ou atividades essenciais, que deverão ser prestados mesmo durante a greve, por ser indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 11). Interessante notar que, para além da sua relevância à sobrevivência humana já demonstrada no trabalho, o abastecimento de água também é considerado como um serviço essencial pela referida lei. Cf. BRASIL, **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**, Brasília: Diário Oficial da União, 1989.

12 PES, João Hélio F.; ROSA, Taís Hemann, O direito fundamental de acesso à água e a interrupção do serviço público de abastecimento, p. 13.

13 “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” Cf. BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)**, Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA COLETIVA

A ordem constitucional, ao limitar a atuação discricionária dos agentes políticos, impõe um projeto material vinculativo de objetivos e ações governamentais a serem garantidas e realizadas, independente da vontade do governante; por conseguinte, o PJ, enquanto agente controlador dos atos dos demais poderes da União, passa a apresentar uma área de atuação maior e mais relevante, que pode exigir providências, impedir determinada posição do Poder Público, bem como gerar reações no planejamento e execução de políticas públicas¹⁴.

Certas instituições judiciárias ganharam maior relevância com essa nova configuração institucional trazida pela CF/88, como o MP e a Defensoria Pública, dotados de poderes que auxiliam na efetivação dos direitos sociais e transindividuais, numa tentativa de maior democratização do acesso à justiça, não apenas formal, mas principalmente de forma material, favorecendo a representação dos interesses dos mais necessitados e com menor poder aquisitivo¹⁵.

O MP tornou-se uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, com liberdade, autonomia e independência funcional para promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, art. 127, *caput*). Foi conferida ao *Parquet* ampla legitimidade ativa e interventiva, na esfera cível, para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CF/88, bem como para proteger interesses difusos e coletivos (CF/88, art. 129, II e III)¹⁶.

Para assegurar a efetividade dos instrumentos normativos, o legislador brasileiro optou pela criação de leis especiais para tratar de temas envolvendo a tutela coletiva, que, conjuntamente com a CF/88 e o Código de Processo Civil, formam o chamado microsistema processual coletivo¹⁷.

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, foi um marco histórico para o ordenamento jurídico brasileiro, inaugurando uma nova fase de defesa dos bens e direi-

14 PIOVESAN, Flávia, Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas, *in*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.), **Direitos fundamentais sociais**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56; SADEK, Maria Tereza, Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política, *in*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.), **O controle jurisdicional de políticas públicas**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 15.

15 SADEK, Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política, p. 16.

16 MAZZILLI, Hugo Nigro, **Manual do promotor de justiça**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12.

17 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, **Curso de direito processual civil – v.4: processo coletivo**, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 86–89; MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 51.

tos metaindividuais, além de ser uma peça-chave a esse microsistema processual¹⁸, pois introduziu a principal ferramenta processual para a tutela coletiva: a ACP.

A Lei nº 7.347/1985, em seu art. 5º, *caput*, apresenta a legitimidade concorrente e disjuntiva para a propositura da ACP, podendo ser proposta por qualquer um dos legitimados indicados, dentre eles, o MP¹⁹, cuja legitimidade na tutela coletiva já foi inclusive amplamente reconhecida pela legislação brasileira²⁰.

Quanto à legitimidade passiva, no caso das ACPs voltadas à garantia do abastecimento de água potável, como a titularidade do serviço é dos Municípios ou dos Estados, que deverão realizá-lo de forma direta ou por intermédio de terceiros, é cabível afirmar que serão esses os agentes passíveis de gerar ou concorrer para a lesão do interesse tutelado, devendo figurar no polo passivo das ações para sua devida responsabilização. Além disso, quando há mais de um agente responsável pelos danos causados, como o Município e a Concessionária, torna-se viável a potencial atribuição de responsabilidade solidária pela prática desses atos, dada a indivisibilidade da obrigação resultante da própria indissociabilidade do bem jurídico lesado²¹.

O CDC, em seu art. 83, *caput*, ratifica a possibilidade de admissão de todas as espécies de pedidos, tutelas ou provimentos capazes de propiciar a efetiva e adequada tutela dos interesses transindividuais²². Ainda, em seu art. 81, parágrafo único, positiva uma classificação das diferentes espécies de direitos transindividuais – os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos. Diante dessa possibilidade extensa de defesa de interesses, justifica-se uma interpretação menos rigorosa e com maior flexibilidade do direito processual a ser aplicado²³.

18 MARIN, Fábio Sanazaro, *Lei de Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro*, in: MILARÉ, Édís (Org.), **Ação Civil Pública após 35 Anos**, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 36–37.

19 *Ibid.*, p. 38.

20 Para além da Lei nº 7.347/1985 e CF/88, outros exemplos de leis que concedem a legitimidade do MP são a Lei nº 8.078/1990 (CDC), Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Ainda, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado da Súmula nº 601, reconhecendo a legitimidade ativa do MP para atuar na defesa coletiva dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público. Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial), **Súmula nº 601**, Julgado em 07 fev 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>.

21 LEONEL, Ricardo de Barros, **Manual do processo coletivo**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 226–229.

22 *Ibid.*, p. 240–242. A legislação consumerista está consoante com o direito constitucional de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, pela qual será possível submeter qualquer ameaça ou lesão a direito à apreciação judicial, visando à concessão dos provimentos adequados para a aplicação do direito objetivo e assim, alcançar a finalidade de pacificação social. Cf. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

23 MAZZILLI, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, p. 185.

A classificação de direitos transindividuais introduzida pelo CDC é imprescindível para a melhor compreensão do tipo de tutela jurisdicional que se pretende fazer, incluindo a identificação da ação judicial adequada e os agentes legitimados para a sua proposição, atentando-se também que um mesmo fato pode originar pretensões individuais, coletivas e difusas²⁴. Especialmente no tocante ao abastecimento de água potável, dada a sua caracterização como um direito social a ser garantido pelo Estado, bem como a sua prestação enquanto um serviço público, plenamente possível considerá-lo, a depender do caso, como um direito transindividual que comporta a sua tutela coletiva.

Certos litígios, dada às suas complexidades fáticas e jurídicas, passaram a exigir um tratamento diferenciado se comparado às demandas individuais ou mesmo coletivas, o que motivou o surgimento de um novo modelo processual para a sua solução, o chamado processo estrutural²⁵.

Como o foco principal do processo estrutural não é aplicar sanções, mas determinar providências a serem realizadas para solucionar o problema estrutural, inegável que ele será marcado por uma maior flexibilização e consensualidade, com mais diálogo e cooperação entre as partes e o PJ para encontrar a melhor solução. Assim, para esses litígios complexos, ocorre não apenas um melhor planejamento e gerenciamento do caso, mas também um maior esforço probatório para melhor identificação dos fatos, sendo exigida uma maior transparência entre os envolvidos, e um estímulo contínuo para a autocomposição, com o intuito de facilitar a execução eficiente das providências acordadas²⁶.

Diante das características especiais do processo estrutural, sua utilização através da ACP passou a se apresentar como um mecanismo adequado para que o MP questione políticas públicas ou busque o seu controle jurisdicional, tendo em vista uma eventual omissão ou prestação ineficiente do Poder Público, o que motiva a resguarda da observância dos ditames legais e dos direitos assegurados no ordenamento jurídico brasileiro²⁷.

Para o caso do abastecimento de água potável, dada a sua essencialidade e necessidade de plena garantia, é possível auferir que a sua interrupção poderia cons-

24 NERY JÚNIOR, Nelson, Aspectos relevantes do Código de defesa do consumidor, *Justitia*, v. 53, n. 155, p. 77-95, 1991, p. 86.

25 ZANETTI JR., Hermes, O Ministério Público e o processo estrutural coletivo para controle judicial de políticas públicas: homenagem a Marc Galanter, *in*: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da; FRANCO, Marcelo Veiga (Orgs.), **Acesso à justiça, direito e sociedade: estudo em homenagem ao Professor Marc Galanter**, São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 405.

26 *Ibid.*, p. 408-412.

27 MAZZILLI, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, p. 179-185.

tituir um problema estrutural, passível de ser solucionado através do modelo de processo estrutural, com a participação, cooperação e diálogo do Poder Público, PJ, MP e demais agentes envolvidos para encontrar uma melhor solução ao problema e a devida manutenção do abastecimento.

4. PESQUISA EMPÍRICA JURISPRUDENCIAL

Para investigar a atuação do MP e a reação do PJ no tocante ao abastecimento de água potável, será conduzida uma pesquisa empírica jurisprudencial para compreender quais foram as demandas relativas ao tema propostas pelo MP e qual foi o comportamento do PJ frente a essas demandas.

A investigação será restrita às ACPs propostas pelo MPSP e julgadas pelo TJSP, notadamente em razão das limitações de tempo e espaço, o que inviabiliza a coleta e tratamento de dados de todo o *Parquet* brasileiro. Destaca-se também que será realizada uma abordagem analítica qualitativa das ações propostas sem qualquer pretensão de generalizar as constatações à totalidade do território nacional²⁸.

O recorte geográfico ao Estado de São Paulo também tem a sua importância. O *Parquet* paulista é um dos mais influentes e bem estruturados entre os MPs estaduais do país, inclusive seus membros contribuíram com a criação e desenvolvimento do regramento do processo coletivo e da defesa de interesses transindividuais no Brasil²⁹. Ainda, o TJSP é considerado de grande porte pela própria definição do Conselho Nacional de Justiça, concentrando a maior quantidade de processos, magistrados e servidores se comparado a qualquer outro Tribunal estadual brasileiro³⁰.

4.1 DESCRIÇÃO DA METODOLOGIA APLICADA SELEÇÃO DOS JULGADOS

O escopo do presente trabalho será a análise das ações propostas pelo MPSP e julgadas pelo TJ paulista entre 01 de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2022³¹.

28 O trabalho de Ananda Palazzin de Almeida, incluindo as justificativas para a escolha do MP de São Paulo como objeto de sua pesquisa, influenciaram sobremaneira a opção do autor. Para mais detalhes e aprofundamento, ver ALMEIDA, Ananda Palazzin de, **O Ministério Público na tutela de interesses sociais: uma atuação estratégica?**, Londrina: Thoth, 2023.

29 SILVA, Cátia Aida, Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos, **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45, p. 127–144, fevereiro/2001, p. 128–129.

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), **Justiça em Números 2023**, Brasília: CNJ, 2023, p. 35–39.

31 A análise do trabalho será centrada exclusivamente nas ações disponibilizadas digitalmente pelo TJSP em sua base de dados.

O enfoque da análise será restrito à tramitação no 1º grau de jurisdição e por isso, as ações foram encontradas através do Banco de Sentenças do próprio site do TJSP³².

Para tanto, foram considerados como tópicos fixos para a pesquisa: a “**Classe**” (“**Ação Civil Pública**”), o “**Assunto**” (“**Fornecimento de Água**”) e a “**Data**” (“**01/01/2018**” a “**31/12/2022**”). Dessa primeira filtragem, foram encontrados 21 resultados. Contudo, já numa segunda filtragem dos resultados apresentados, foi possível excluir 1 processo da presente análise: no intervalo do ano de 2021, o sistema indicou, de forma equivocada, o termo de audiência de conciliação do processo nº 1007712-59.2019.8.26.0066.

Em virtude do objetivo do trabalho ser analisar a atuação do MP e não sendo ele o único a ter legitimidade a propor a ACP, foi efetuado um tratamento dos resultados encontrados, notadamente a respeito do polo ativo das ações encontradas, com o objetivo de selecionar somente as demandas propostas pelo *Parquet* paulista, o que motivou a exclusão de mais 7 resultados, por se tratar de processos iniciados por outros autores que não o MPSP³³.

Após um exame das ACPs restantes somente propostas pelo MPSP, tornou-se necessário excluir os seguintes processos da pesquisa: (i) 0004889-78.2008.8.26.0337 e (ii) 0000086-10.2002.8.26.0128. Embora as sentenças tenham sido proferidas dentro do recorte temporal escolhido, são processos muito antigos e o acesso aos autos eletrônicos ficou prejudicado, incluindo a disponibilização das peças propostas pelo *Parquet*, o que impossibilitou a análise de sua atuação nessas ações.

Depois desse último processo de filtragem, foram selecionadas 10 ACPs propostas pelo MPSP entre 01 de janeiro de 2018 a 31 de dezembro de 2022, sistematizadas no Quadro 1.

Quadro 1 – Processos selecionados

Processo	Comarca	Data do julgamento	Polo passivo
1004018-17.2016.8.26.0348	Matão	12/12/2018	Saneamento Básico do Município de Mauá
1000110-23.2018.8.26.0334	Macaubal	28/02/2019	Município de Macaubal
1000810-76.2019.8.26.0103	Caconde	26/03/2020	Município de Caconde

32 O Banco de Sentenças pode ser acessado no seguinte website: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>.

33 O processo nº 1007712-59.2019.8.26.0066, julgado em 13/07/2021, é uma ACP proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, mas, por já ter recebido informações sobre o tema, o *Parquet* paulista solicitou o ingresso no polo ativo da demanda, litisconsórcio que foi deferido pelo PJ. Como a pesquisa jurisprudencial a ser realizada objetiva analisar a atuação exclusiva do MP, a partir das ações propostas pelo órgão, excluindo o exame da atuação dos demais legitimados à propositura da ACP, e considerando que essa ação foi proposta por outro legitimado e o *Parquet* apenas ingressou no polo ativo ao longo do processo, optou-se por excluir a ação do recorte.

1000818-58.2020.8.26.0575	São José do Rio Pardo	23/06/2020	Município de São José do Rio Pardo e Superintendência Autônoma de Água e Esgoto de São José do Rio Pardo
1000614-06.2020.8.26.0222	Guariba	15/09/2020	SABESP
1000570-44.2018.8.26.0355	Miracatu	06/10/2020	SABESP
1003726-04.2019.8.26.0291	Jaboticabal	15/10/2020	Fazenda Pública do Município de Jaboticabal e Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jaboticabal
1000745-57.2021.8.26.0347	Matão	23/08/2021	Águas de Matão S.A. e Município de Matão
1005321-41.2020.8.26.0408	Ourinhos	03/10/2022	Superintendência de Água e Esgoto de Ourinhos e Município de Ourinhos
1000427-27.2021.8.26.0589	São Simão	14/10/2022	Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo

Fonte: elaboração própria.

TÓPICOS A SEREM ANALISADOS

Será investigado se o MPSP e o TJSP abordaram o abastecimento de água não meramente como um serviço público, mas também como um direito social, impondo ao Estado um dever de prestação positiva a ser cumprido pelas instâncias governamentais, adotando providências efetivas para promover a satisfação completa das determinações constitucionais.

Para uma análise abrangente da atuação do MP na promoção da garantia do abastecimento de água potável, serão verificadas todas as demandas propostas pelo *Parquet* no recorte jurisprudencial escolhido, observando especialmente os pedidos apresentados e o seu enquadramento à classificação em termos de natureza trazida pelo CDC (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Ainda, pela possibilidade de caracterização da interrupção do abastecimento de água potável como um problema estrutural, será investigado se alguma das ações propostas podem configurar como um processo estrutural. Dessa forma, será necessária uma clara delimitação do problema estrutural a ser solucionado mediante a demanda judicial, com o mapeamento de uma política pública concreta desestruturada, bem como os agentes e grupos envolvidos³⁴.

Tendo em vista que o PJ atua por provocação e o MP é um legitimado para a tutela de interesses transindividuais, o exame da atuação do *Parquet* no tocante ao abastecimento de água potável não seria completo sem uma investigação sobre o tratamento do PJ às demandas oferecidas, com o objetivo de constatar se o órgão julgador acatou os pedidos propostos pelo legitimado ativo, com um comportamento mais protetivo e garantidor do acesso à água, enquanto um direito e/ou ser-

34 ZANETTI JR., O Ministério Público e o processo estrutural coletivo para controle judicial de políticas públicas: homenagem a Marc Galanter, p. 406.

viço público fundamental e essencial, a ser prestado com qualidade, evidenciando a taxa de efetividade das ACPs propostas pelo *Parquet* na defesa de interesses transindividuais sobre o assunto.

Em virtude dos tópicos escolhidos, a coleta de dados não deve se restringir às sentenças das ACPs escolhidas, mas também abranger as petições iniciais propostas e eventuais decisões interlocutórias, sem prejuízo de análises mais aprofundadas dos casos a depender da necessidade para sua melhor compreensão.

COVID-19

A pandemia causada pelo vírus respiratório Sars-CoV-2, popularmente conhecido como COVID-19, implicou numa grave crise sanitária e socioeconômica, que trouxe consequências sem precedentes à sociedade brasileira, como milhares de mortes e infectados, desemprego crescente, aumento da inflação, desamparo à população mais vulnerável, dentre tantos outros danos. Para além disso, sob uma análise quantitativa, o Estado de São Paulo foi a unidade federativa mais atingida pelo COVID-19, com maior número de casos e óbitos³⁵.

Já está amplamente comprovado cientificamente que o saneamento básico, notadamente o acesso regular à água potável, contribui para mitigar a contaminação de doenças infectocontagiosas, como o próprio COVID-19, que pode ser fortemente combatido com o exercício regular da higiene pessoal³⁶. Logo, o abastecimento de água potável é vital para o enfrentamento da pandemia do vírus Sars-CoV-2 no Brasil e no mundo.

Em razão do reconhecimento do acesso à água como um direito social e um serviço público fundamental à sobrevivência humana digna, durante uma séria crise causada pelo COVID-19, a hipótese da pesquisa é a de que o MPSP e o TJSP foram acolhedores e sensíveis à população vulnerável, considerando o acesso à água também como um direito e buscando a sua real efetivação.

Para o recorte temporal do enfoque voltado exclusivamente à análise durante a pandemia do COVID-19, será considerado o intervalo entre **04 de fevereiro de 2020 a 22 de maio de 2022**, período de vigência da Portaria GM/MS nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, publicada pelo Ministério da Saúde, declarando a Emergência

35 Os dados referentes ao COVID-19 no Brasil podem ser acessados no painel disponibilizado pelo Ministério da Saúde em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em 01 maio 2024.

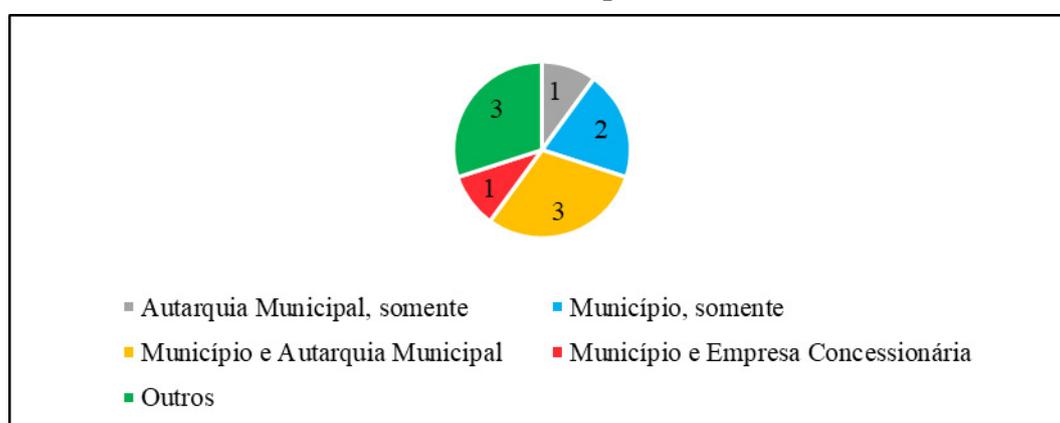
36 Nesse sentido, AFFONSO, Márcio Vinícius de Gouveia et al. **O papel dos Determinantes Sociais da Saúde e da Atenção Primária à Saúde no controle da COVID-19 em Belém, Pará**. Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, 2021; e ESTADO DE SÃO PAULO. **SP contra o novo coronavírus**. Disponível em: <<https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/>>.

em Saúde Pública de importância Nacional em decorrência da infecção humana pelo COVID-19³⁷.

4.2 APRESENTAÇÃO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL REALIZADA

De início, dada a competência do município quanto ao abastecimento de água potável, identificou-se que das 10 ações propostas, 7 envolviam uma entidade municipal no polo passivo, seja o próprio município ou sua autarquia destinada à prestação do serviço público, de forma individual, ambos em conjunto ou o município conjuntamente com a empresa concessionária, conforme compilado no Gráfico 1.

Gráfico 1 – Polo passivo



Fonte: elaboração própria.

Levando em conta que se trata de processos coletivos complexos, um segundo aspecto preliminar levantado foi o cálculo da duração da fase de conhecimento das ACPs analisadas, entre a propositura da petição inicial até a sentença proferida. Para fins de tratamento dos dados coletados, sistematizados no Gráfico 2, optou-se por separar a duração das ações entre os seguintes períodos: (i) de 0 a 6 meses; (ii) de 6 meses a 1 ano; (iii) de 1 a 2 anos; e (iv) mais de 2 anos. Dessa forma, foi constatado que 50% das ações analisadas tiveram a duração de 1 a 2 anos e 40% de 0 a 1 ano, sendo apenas uma única ação com duração de mais de 2 anos, cuja duração foi de 2 anos e 3 meses.

37 A Portaria GM/MS nº 188 foi regoada pela Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022, que declarou o encerramento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional. CF. BRASIL, Ministério da Saúde, Portaria GM/MS nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, Brasília: Diário Oficial da União, 2020; _____, Ministério da Saúde, Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022, Brasília: Diário Oficial da União, 2022.

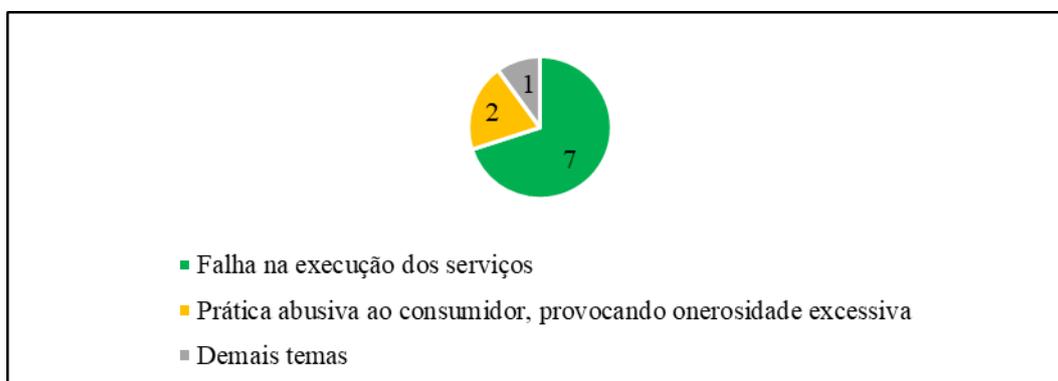
Gráfico 2 – Duração da fase de conhecimento



Fonte: elaboração própria.

Quanto ao objeto da ACP, ainda que a pesquisa tenha examinado 10 ações com propostas diferentes, foram identificadas certas semelhanças que permitiram uma classificação temática, sintetizada no Gráfico 3. Para essa classificação, foram delimitados os seguintes temas: (i) falha na execução dos serviços relativos ao sistema de abastecimento de água potável; (ii) prática abusiva ao consumidor, provocando onerosidade excessiva com o aumento descabido à tarifa de água do município; e (iii) demais temas.

Gráfico 3 - Classificação temática



Fonte: elaboração própria.

Partindo para a análise dos tópicos selecionados no tópico 4.1, o primeiro ponto seria o exame se o *Parquet* paulista abordou a questão do acesso à água também como um direito fundamental, essencial à dignidade humana, ou meramente como um serviço público a ser prestado pelo Poder Público.

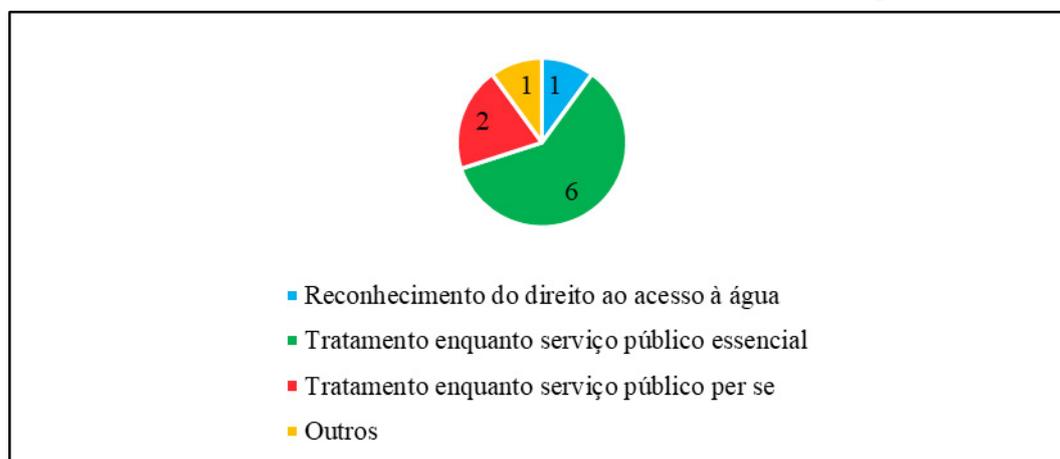
Infelizmente, em apenas uma ação, o *Parquet* reconheceu o acesso à água enquanto um direito público decorrente do núcleo essencial da dignidade da humana e do direito à saúde, inclusive com menção ao reconhecimento internacional e constitucional. Contudo, foi possível identificar uma distinção entre o tratamento

do MP ao abastecimento de água enquanto serviço público, com a aplicação do regramento trazido pelo CDC enquanto relação de consumo.

Observou-se que, em parte das ações, o MP tratou o abastecimento de água como um serviço público essencial, aproximando-o da garantia à dignidade humana e de seu reconhecimento como um direito; entretanto, o MP também tratou o abastecimento meramente como um serviço público, sem destacar a sua essencialidade, afastando-o completamente da garantia à dignidade humana e seu reconhecimento como um direito.

Deste modo, tornou-se possível a sistematização do Gráfico 4 a partir da criação de quatro elementos classificadores: (i) reconhecimento do direito ao acesso à água; (ii) tratamento enquanto serviço público essencial; (iii) tratamento enquanto serviço público per se; e (iv) outros³⁸.

Gráfico 4 – Reconhecimento do direito ao acesso à água



Fonte: elaboração própria.

Observa-se que em apenas um caso o abastecimento de água foi tratado meramente como um serviço público, sem qualquer destaque ao seu caráter essencial à sobrevivência humana. Portanto, na ampla maioria dos casos, 90%, o acesso à água foi caracterizado como algo essencial, seja como um direito fundamental ou como um serviço público, confirmando a consideração de sua importância.

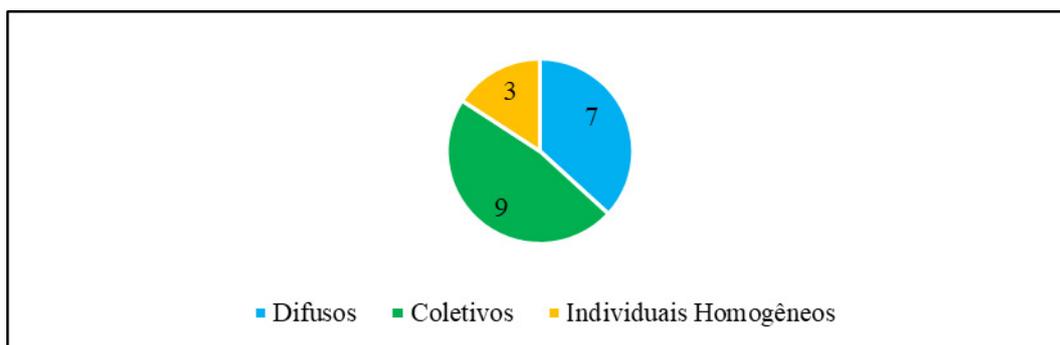
Para o exame dos pedidos do MPSP e o seu enquadramento à classificação em termos de natureza (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), trata-se de uma tarefa de difícil realização, pois ainda que ações possam ser semelhantes em certa medida, os pedidos propostos são muito particulares. Em todo caso, foi possível a delimitação de certos parâmetros e elementos distintivos para uma melhor

38 Por ser um único caso, necessário salientar que não houve um tratamento do abastecimento de água potável enquanto direito ou serviço público, mas o *Parquet* reconhece o acesso à água como elemento essencial do núcleo da dignidade humana.

compreensão da atuação do *Parquet*, baseando-se na categorização proposta pelo art. 81, parágrafo único, do CDC.

A partir dessa categorização, foram separadas as ações, para compreender a quantidade de processos que apresentaram pedidos de cada espécie de interesse transindividual, sintetizadas no Gráfico 5. Dessa forma, observou-se a presença de pedidos envolvendo interesses individuais homogêneos em apenas 3 ACPs, com pedidos envolvendo interesses difusos ou coletivos abarcando a ampla maioria dos processos, respectivamente, 7 e 9 ações.

Gráfico 5 – Natureza dos pedidos



Fonte: elaboração própria.

Tornou possível, também, caracterizar dois processos como processos estruturais, que merecem uma especial atenção. O processo nº 1003726-04.2019.8.26.0291, iniciado em 09 de agosto de 2019 no Foro de Jaboticabal contra o município de Jaboticabal e a SAAEJ – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Jaboticabal, aborda as precárias condições de tratamento de água do município de Jaboticabal, decorrente da péssima estrutura da Estação de Tratamento de Água (ETA) do município, que comprometia a qualidade da água fornecida aos cidadãos, além de oferecer sérios riscos de rompimento; dessa forma, reconhecido o problema estrutural a ser solucionado.

Embora o abastecimento de água não tenha sido tratado como um direito social, foi reconhecida a sua essencialidade enquanto serviço público. Houve intensa participação do *Parquet* paulista, conjuntamente com técnicos, especialistas, a prefeitura e a autarquia responsável pelo serviço público. Diante da impossibilidade total de recuperação da estrutura da ETA, as demandas do MPSP foram concentradas em pedidos de natureza difusa para não só compelir o Poder Público na obrigação de fazer de construir uma nova estação para atender as demandas atuais e futuras de água potável da população, mas também elaborar um plano de emergência específico para a ETA em atividade.

Nota-se que o objeto central da presente ACP é a tutela jurisdicional de uma política pública de Jaboticabal voltada ao abastecimento de água potável, através da construção de uma nova ETA. Embora não tenha sido celebrado um acordo entre as partes, o processo foi extinto com resolução, pois a ACP teve seu fim atingido, uma vez que uma nova Estação de Tratamento de Água foi construída, concluída e colocada em pleno e efetivo funcionamento.

Um último aspecto interessante é com relação à duração de sua fase conhecimento, pois entre a data da propositura da ação (09/08/2019) e a data da sentença (15/10/2020), passou-se um pouco mais de 1 ano, um período relativamente curto entre o início da tutela jurisdicional e a efetiva solução do problema estrutural.

O segundo processo caracterizado como um processo estrutural é o processo nº 1005321-41.2020.8.26.0408, iniciado em 04 de novembro de 2020 na Comarca de Ourinhos contra o município de Ourinhos e a SAE – Superintendência de Água e Esgoto de Ourinhos. O problema estrutural discutido no processo é a interrupção do abastecimento regular de água potável em diversos bairros do município, de forma frequente, o que gerou uma grave crise hídrica, decorrente da negligência do Poder Público, ausência de qualquer planejamento ou obra para normalização do funcionamento e sucateamento da rede de distribuição, em que o volume de perdas de água potável é desmensurado.

A despeito de o abastecimento de água também não ter sido tratado como um direito social, foi reconhecida a sua essencialidade enquanto serviço público. Nesse caso, presente a intensa participação e diálogo das partes envolvidas, inclusive com a celebração de um acordo relacionados à necessidade de reestruturação do sistema de abastecimento de água, mas sem abordar os termos iniciais dos prazos para execução das obras de setorização, tema este que foi tratado na sentença, condenando os réus a darem início às obras de setorização do sistema de distribuição de águas de Ourinhos.

Fica perceptível que o objeto central da presente ACP é a tutela jurisdicional quanto à necessidade de realização das obras necessárias para solucionar o intolerável índice de perda de água produzida no município, cuja ausência provoca o colapso total do sistema de abastecimento de água. Com relação à duração da fase de conhecimento, o processo foi mais lento que o primeiro apresentado, com duração de aproximadamente dois anos entre a data da propositura da ação (04/11/2020) e a data da sentença (03/10/2022).

Quanto ao tratamento do TJSP às demandas propostas, inicialmente a proposta seria separar as ações reproduzindo o dispositivo das sentenças, quais sejam,

(i) procedentes, (ii) parcialmente procedentes, (iii) improcedentes, (iv) processo extinto com celebração de acordo e (v) processo extinto devido ao seu fim atingido.

Para examinar se as demandas propostas pelo *Parquet* foram acatadas, numa tentativa de compreender se o PJ apresentou um comportamento mais protetivo e garantidor do acesso à água, além da efetividade da atuação do MPSP sobre o assunto, torna-se necessário uma análise mais aprofundada sobre o julgamento das ações, sintetizada no Gráfico 6.

Gráfico 6 – Julgamento das ACPs



Fonte: elaboração própria.

Vale ressaltar que apenas um dos processos selecionados foram extintos devido ao seu fim atingido, já abordado acima (processo nº 1003726-04.2019.8.26.0291). Nesse caso, como o Poder Público resolveu o problema estrutural, não é possível considerar o comportamento do PJ sobre a questão, mas é certo que a atuação do MPSP foi efetiva, uma vez que o objetivo final do processo foi atingido.

No que concerne aos processos julgados parcialmente procedentes, totalizando 3 ações selecionadas, observa-se que em todas elas, o TJSP acatou as demandas propostas pelo *Parquet*, discordando apenas quanto ao valor da indenização por danos morais coletivos nos processos nºs 1000570-44.2018.8.26.0355 e 1000810-76.2019.8.26.0103, ou da restituição do valor cobrado indevidamente, passando a ser na forma simples e não em dobro como proposto pelo MP no processo nº 1000110-23.2018.8.26.0334. Nos três casos, evidente a efetividade do MPSP, com todas os seus pedidos acatados pelo TJSP, ainda que parcialmente divergentes quanto a aspectos muito específicos. Ao mesmo tempo, fica claro o comportamento protetivo e garantidor do próprio PJ.

Os demais processos extintos com resolução de mérito, totalizando 2 ações, foram assim julgados devido à homologação do acordo celebrado entre o *Parquet* e as partes no polo passivo. Dado que o processo é um instrumento voltado à pacificação social, com a resolução de conflitos de forma justa, e a tutela coletiva busca resguardar direitos cuja titularidade transcende-se e representa uma coletividade indeterminada, determinada ou determinável, sem contar nos aspectos de celeridade, redução de custos e eficiência da tutela jurisdicional, evidente que a celebração de acordo é benéfica, com maior diálogo entre as partes e maior probabilidade de cumprimento das obrigações assumidas.

Resta evidente que a atuação do MPSP também foi efetiva, dada à concórdância do polo passivo com as demandas propostas pelo *Parquet*, acatadas ainda que parcialmente, e a homologação judicial dos acordos celebrados também demonstra a anuência do PJ para com o MPSP e o seu comportamento protetivo e garantidor do acesso à água.

Embora possa ser visualizado diferenças nos dispositivos das sentenças, com exceção da única ACP julgada improcedente, que reconheceu a tese apresentada pelo polo passivo e divergiu do entendimento do *Parquet*, todas as demais ações foram julgadas de forma favorável aos pedidos do MP, com uma taxa real de 90% de procedência, demonstrando a efetividade da atuação coletiva no tocante à garantia do abastecimento de água potável.

Por último, quanto à análise da atuação do MPSP durante a pandemia do COVID-19, foram identificadas duas ACPs sobre o assunto, que merecem um exame mais minucioso. O processo nº 1000614-06.2020.8.26.0222 foi iniciado em 17 de abril de 2020 na Comarca de Guariba contra a SABESP, pois foi constatada a interrupção do abastecimento regular de água potável em bairros do município, de forma frequente, sem prévio aviso ou justificativa, decorrente do não cumprimento das obras mínimas de infraestrutura para normalização do funcionamento; a situação foi agravada pela pandemia do COVID-19, gerando um evidente risco à população, bem como danos morais à toda coletividade, que foi impedida da prática mínima de higiene para prevenção quanto à contaminação do vírus.

Nesse processo, também não houve o reconhecimento do direito ao acesso à água, mas meramente o tratamento do abastecimento enquanto serviço público essencial, com um detalhe importante quanto ao reconhecimento da água como essencial para evitar o contágio individual e de terceiros durante a pandemia.

O processo foi extinto com resolução de mérito devido à celebração de acordo entre o *Parquet* e a autarquia, homologado em juízo. Cabe destacar alguns pontos do acordo celebrado: a SABESP se comprometeu a concluir as obras de infraestrut-

tura e no meio tempo, manter a disposição da população, caminhões tanque para o fornecimento de água; e a título de compensação à coletividade, a SABESP efetuará o depósito judicial de R\$ 600.000,00, a ser distribuído entre aquisição de caixas d'água a serem destinadas a imóveis sem reservação da população de baixa renda, aquisição de insumos para o combate ao COVID-19 e para a realização de obras de reposição asfáltica. Por fim, ressalta-se a curta duração da fase de conhecimento, de aproximadamente 5 meses entre a data da propositura da ação (17/04/2020) e a data da sentença (15/09/2020).

A segunda ação envolvendo a pandemia do COVID-19 foi o processo nº 1000745-57.2021.8.26.0347, iniciado em 08 de março de 2021 na Comarca de Matão contra o município de Matão e a empresa Águas de Matão S.A., concessionária responsável pelo abastecimento de água potável no município.

Foi constatada eventual abusividade no reajuste tarifário de água e esgoto referente ao acumulado dos meses de outubro de 2019 a outubro de 2020, o que impôs sérios gravames à população, provocando a sua onerosidade excessiva em detrimento dos consumidores, além do desequilíbrio da relação econômica e consequente enriquecimento ilícito. Diante da pandemia do COVID-19, o *Parquet* entendeu como necessário a adequação da cobrança à realidade da massa de consumidores e ao parâmetro da inflação.

Destaca-se o não reconhecimento do direito ao acesso à água, mas meramente o tratamento do abastecimento enquanto serviço público, sem menção à sua essencialidade. Contudo, o MPSP concluiu que a pandemia foi a principal responsável pela majoração no IGPM/FGV de 20,92% entre outubro de 2019 a outubro de 2020, além de reduzir o poder aquisitivo da maioria esmagadora dos consumidores atendidos pela concessionária. Assim, se permitido o altíssimo reajuste tarifário mediante a incidência do índice original, em meio a uma pandemia, estaria presente uma violação à dignidade humana, especialmente dos consumidores do serviço público de abastecimento de água.

O processo também foi extinto com resolução de mérito devido à celebração de acordo entre o *Parquet* e as partes do polo passivo, homologado em juízo. Ainda, deve ser enfatizado a curta duração da fase de conhecimento, de aproximadamente 5 meses entre a data da propositura da ação (08/03/2021) e a data da sentença (23/08/2021).

4.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS ENCONTRADOS

Um primeiro aspecto a ser levantado é com relação ao polo passivo das ações examinadas. Frente à significativa presença do Poder Público municipal, é

possível constatar a tamanha importância desse ente federativo na promoção do abastecimento de água potável. É evidente a responsabilidade dos agentes públicos municipais para garantia não apenas do acesso à água potável, mas principalmente do respeito à dignidade da pessoa humana.

Atrelado a isso, considerando que a esmagadora maioria das ações abordaram essencialmente dois problemas, a falha na execução dos serviços públicos e o aumento abusivo da tarifa de água, urge um controle municipal e judicial quanto à correta prestação dos serviços públicos e um especial controle orçamentário de todos os agentes envolvidos para sempre evitar esse aumento abusivo da taxa, que impacta diretamente a vida dos cidadãos atingidos e pode dificultar ou acabar com o seu acesso à água de qualidade.

Ainda, a partir da pesquisa, tornou-se possível a constatação de que a ACP, enquanto principal instrumento para a defesa de interesses transindividuais, nos casos envolvendo o abastecimento de água potável, é utilizada essencialmente para a defesa de interesses coletivos e difusos, mas não individuais homogêneos, o que sugere a predominância da defesa individualizada do consumidor frente às suas demandas, concentrando a atuação do MP apenas na defesa coletiva, pois ainda que passíveis de serem defendidos coletivamente, os interesses individuais homogêneos são essencialmente direitos individuais.

Dessa forma, é vital que o Poder Público e o MP atuem para a conscientização dos consumidores sobre seus direitos, passíveis de serem defendidos de forma coletiva, mas também de forma individual.

Com relação aos processos envolvendo a pandemia, observa-se que diante do cenário de urgência frente à emergência de saúde pública vivenciada, a duração dos processos foi extremamente curta, com menos de 6 meses entre a data da propositura da ação e a data da sentença. Por isso, é plenamente possível constatar o senso de urgência de todas as partes envolvidas no processo, em especial o MPSP e o TJSP, para solucionar as questões em litígio de forma rápida e eficaz, demonstrando também o reconhecimento, ainda que indireto, do acesso à água enquanto direito, essencial para a sobrevivência humana, especialmente num cenário pandêmico.

Conquanto tenha sido demonstrado ao longo da pesquisa o necessário reconhecimento do acesso à água enquanto um direito fundamental social, dada a sua ampla relevância à sobrevivência humana, infelizmente o MPSP e o PJ paulista ainda não o têm considerado como direito, mas meramente como serviço público.

Cabe pontuar que não se trata de uma questão totalmente perdida, uma vez que, como demonstrado na pesquisa realizada, é notório a consideração da essen-

cialidade do serviço público e a sua proteção no âmbito judicial, com uma taxa de 90% de efetividade das demandas propostas pelo *Parquet* paulista.

Destaca-se também a utilização do processo coletivo como um processo estrutural e a sua capacidade em resolver problemas estruturais nos casos envolvendo o abastecimento de água potável, pois foi possível a partir da atuação do MP, garantir a solução desses problemas estruturais, centrados na interrupção do abastecimento regular de água potável, de forma frequente, sem prévio aviso ou justificativa, essencialmente pela negligência do Poder Público, afetando um considerável número de pessoas.

Perante os resultados apresentados, é possível concluir que o MPSP e o PJ paulista possuem uma atuação relevante no tocante à garantia do abastecimento de água potável, contribuindo para a sua legitimação como agentes capazes e importantes na defesa de interesses transindividuais e na fiel garantia do ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho investigou a atuação do MP e a reação do PJ no tocante à garantia do abastecimento de água potável, justificando a realização de pesquisa empírica jurisprudencial sobre todas as ações propostas pelo MPSP e julgadas pelo TJSP entre os anos de 2018 e 2022.

Buscou-se entender o comportamento do *Parquet* e do próprio PJ nas ações envolvendo o abastecimento de água potável no Estado de São Paulo, destacando alguns pontos centrais, como o eventual reconhecimento do direito ao acesso à água, as características das demandas propostas pelo *Parquet*, o tratamento do PJ às demandas propostas e a eventual caracterização dos processos como processos estruturais, além de analisar a atuação desses órgãos judiciais durante a pandemia do COVID-19.

A hipótese da pesquisa foi parcialmente confirmada, tornando possível afirmar que o MP e o PJ exercem um papel fundamental na garantia do abastecimento de água potável. Após a investigação, constatou-se que o MPSP e o TJSP, ainda que não tenham abordado de forma massiva o abastecimento de água potável também como um direito social, reconheceram a sua relevância e essencialidade à população, além de serem mais protetivos e garantidores do acesso à água, contribuindo para que o Poder Público assegure a todos o acesso à essa prestação pública tão importante, inclusive durante a pandemia do COVID-19.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ananda Palazzin de. **O Ministério Público na tutela de interesses sociais: uma atuação estratégica?** Londrina: Thoth, 2023.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília: Diário Oficial da União, 1988.
- _____, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**, Brasília: Diário Oficial da União, 1985.
- _____, **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**, Brasília: Diário Oficial da União, 1989.
- _____, **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)**, Brasília: Diário Oficial da União, 1990.
- _____, **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**, Brasília: Diário Oficial da União, 2007.
- _____, Ministério da Saúde, **Portaria GM/MS nº 188, de 03 de fevereiro de 2020**, Brasília: Diário Oficial da União, 2020.
- _____, Ministério da Saúde, **Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022**, Brasília: Diário Oficial da União, 2022.
- _____, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial), **Súmula nº 601**, Julgado em 07 fev 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>>.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “Reserva do Possível”: Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 225–236.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>>.
- COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397–421.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – v.4: processo coletivo**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- MARIN, Fábio Sanazaro. Lei de Ação Civil Pública: um legado do Gênio Jurídico Brasileiro. *In*: MILARÉ, Édis (Org.). **Ação Civil Pública após 35 Anos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 35–39.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

- MOURÃO JÚNIOR, Carlos Alberto; ABRAMOV, Dimitri Marques. **Fisiologia Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2021.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do Código de defesa do consumidor. **Justitia**, v. 53, n. 155, p. 77–95, 1991.
- PES, João Hélio F.; ROSA, Taís Hemann. O direito fundamental de acesso à água e a interrupção do serviço público de abastecimento. p. 1–28, .
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53–69.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1–32.
- SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45, p. 127–144, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587–599.
- WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas - “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213–224.
- ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e o processo estrutural coletivo para controle judicial de políticas públicas: homenagem a Marc Galanter. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; COSTA, Susana Henriques da; FRANCO, Marcelo Veiga (Orgs.). **Acesso à justiça, direito e sociedade: estudo em homenagem ao Professor Marc Galanter**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 401–429.

ENTRE O SAGRADO E O PROFANO: A HERANÇA INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA CONFISSÃO

BETWEEN THE SACRED AND THE PROFANE: THE INQUISITORIAL HERITAGE OF BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF CONFESSION

Roberta Puccini Gontijo¹

RESUMO: Em 1591, com a Primeira Visitação do Santo Ofício à América portuguesa, tem-se a inauguração da ação inquisitorial no Brasil – onde a atuação dos visitadores, dos comissários e dos familiares do Santo Ofício, mediante as confissões, engendra um “tribunal da consciência”. Nessa perspectiva, busca-se compreender em que medida o instituto da confissão revela a existência de um sistema processual penal brasileiro inquisitório. Para tanto, a metodologia utilizada compreende pesquisa historiográfica, revisão bibliográfica e o estudo de legislações seculares e eclesiásticas. Em suma, é por meio de uma abordagem crítico-reflexiva da confissão enquanto elemento probatório que o projeto tomará fôlego. A partir desta investigação, observa-se que, na prática, desconsideram-se a relatividade e a retratabilidade devidas à confissão, de sorte que, não raro, ainda hoje continue a pairar como rainha das provas – cenário ilustrado pelo acordo de não persecução penal e pela atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal. Nota-se, com o presente estudo, que meras reformas não são capazes de remover o ranço inquisitorial do Código de Processo Penal de 1941, haja vista que a mera mudança estrutural, formal, não é capaz de eliminar toda a herança inquisitória legada ao processo penal brasileiro.

Palavras-chave: confissão; Direito Processual Penal; prova; sistema penal inquisitório; verdade real.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos: Raízes e Asas e extensionista da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da UFMG. Pesquisadora de iniciação científica com bolsa FAPEMIG, na qual estuda a defesa da liberdade em Baruch de Espinosa, sob orientação da Professora Doutora Karine Salgado. Residente em Belo Horizonte – Minas Gerais. E-mail para contato: robertapuccini12@gmail.com.

ABSTRACT: In 1591, with the First Visitation of the Holy Office to Portuguese America, the inquisitorial action in Brazil was inaugurated, where the actions of the visitors, commissioners and relatives of the Holy Office, through confessions, engendered a “court of conscience”. In this perspective, the article seeks to understand to what extent the institute of confession reveals the existence of a Brazilian inquisitorial criminal procedural system. To this end, the methodology used includes historiographical research, bibliographical review, and the study of secular and ecclesiastical legislation. In short, it is through a critical-reflexive approach to confession as an evidential element that the project will take shape. Based on this investigation, it will be observed that, in practice, the relativity and retractability due to confession are disregarded, so that, not infrequently, it still prevails as the queen of evidence – a scenario illustrated by the Criminal Non-prosecution Agreement and by the mitigating circumstance foreseen in article 65, III, “d”, of the Brazilian Criminal Code. This study shows that mere reforms are not capable of removing the inquisitorial rancor of the 1941 Code of Criminal Procedure.

Keywords: confession; Criminal Procedure Law; evidence; inquisitorial criminal system; real truth.

*Ai, palavras, ai, palavras,
que estranha potência, a vossa!
ai, palavras, ai, palavras,
sois de vento, ides no vento,
no vento que não retorna,
e, em tão rápida existência,
tudo se forma e transforma!
[...] todo o sentido da vida
princípio à vossa porta*

Cecília Meirelles, *Romance das palavras aéreas*

– Quando você retornar ao Poente, repetirá para a sua gente as mesmas histórias que
conta para mim?

– Eu falo, falo – diz Marco –, mas quem me ouve retém somente as palavras que
deseja [...] Quem comanda a narração não é a voz: é o ouvido.

Italo Calvino, *As cidades invisíveis*

1. INTRODUÇÃO

No bojo do sistema inquisitório, focaliza-se a apuração da verdade, concentram-se as funções de acusar e de julgar na figura do julgador; sob a prerrogativa de se obter a verdade real, elege-se a confissão do réu como a *rainha das provas* e legitima-se a tortura. O juiz-acusador vale-se de um procedimento investigatório secreto para carrear elementos que ratifiquem a prévia acusação, oriunda de dados colhidos *a priori*.²

Sob essa lente, conforme declara Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,

Quando se autoriza ao juiz a instauração *ex officio* do processo, como era típico no sistema inquisitório puro, permite-se a formação do quadro mental paranoico, ou seja, abre-se ao juiz a “possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.³

Nesse cenário, ficando a gestão da prova à mercê do juiz-inquisidor, o réu porta-se como mero objeto de verificação da verdade real; vige o primado das hipóteses sobre os fatos na medida em que o juiz procura colher provas que ratifiquem a acusação formulada *a priori* em sua mente. Nessa perspectiva, o processo é circunscrito pelo solipsismo judicial – em uma atividade solitária, o julgador interpreta os elementos probatórios conforme está disposto a interpretá-los.

2 PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 14.

3 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 01, n. 01, 2001. p. 37.

Sob a ótica do Código Processual Penal (CPP) vigente, a princípio, viveríamos sob a tutela de um sistema penal acusatório – no qual as partes são incumbidas da gestão das provas e no qual as funções de acusar e julgar são dissociadas. Com o abandono das provas tarifadas, que cedem lugar ao livre convencimento motivado, a confissão, longe de ocupar o vértice do valor probatório, não poderia ser apreciada independentemente das demais provas; do contrário, conforme o art. 197 do CPP, antes de apreciá-la, o juiz deveria verificar a existência de concordância entre elas. Como ilustra a doutrina de Aury Lopes Jr,

No sistema acusatório, a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de crença, de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz. Essa luta de discursos para convencer o juiz marca a diferença do acusatório com o processo inquisitório.⁴

Contudo, observa-se que, na prática, desconsidera-se a relatividade devida à confissão, de sorte que, não raro, continue a pairar como rainha das provas – cenário ilustrado pelo acordo de não persecução penal e pela atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal, os quais serão objetos de crítica neste estudo.

Nesse sentido, busca-se compreender em que medida o instituto da confissão revela a existência de um sistema processual penal brasileiro inquisitório. Para tanto, a metodologia utilizada abarca pesquisa historiográfica e o estudo de legislações seculares e eclesiais. Em suma, é por meio de uma abordagem crítico-reflexiva da confissão enquanto elemento probatório que o projeto tomará fôlego. Atento a esse propósito, este trabalho empreende uma “trajetória normativa” iniciada com a Bula *Ad Abolendam*, primeira medida adotada na Europa contra os hereges, e finalizada com a Lei nº13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”.

Este projeto estrutura-se da seguinte maneira. Primeiro, trata da posição ocupada pela confissão no bojo do sistema inquisitório. Depois, percorre brevemente o sistema bifásico inaugurado pelo Código de Instrução Criminal Napoleônico, uma vez que ele respingou sobre o CPP de 1941. Por fim, o instituto da confissão tal como positivado no CPP será não somente objeto de análise, mas também de crítica, principalmente no que tange à sua necessidade para o acordo de não persecução penal e à sua consideração como atenuante da pena.

Enunciado o trajeto pelo qual este estudo se envereda, é chegada a hora de adentrá-lo.

4 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. *Op. cit.*, p. 474.

2. A CONFISSÃO NO MEDIEVO

Em 1184, a *Bula Ad Abolendam*, primeira medida adotada na Europa contra os hereges, é editada pelo Papa Lúcio III conjuntamente ao imperador Frederico I, sob a prerrogativa de erradicar a “depravação das heresias”. Nessa perspectiva, os prelados tinham a missão de localizar, corrigir e punir os violadores da unidade cristã, de sorte que, duas vezes por ano, caberia a eles percorrer as paróquias e delas remover “todos que não receiam sentir ou ensinar algo distinto do que a sacrossanta igreja romana prega e observa”.⁵

Conforme assevera o historiador Leandro Duarte Rust,

Segundo a bula, os procedimentos de investigação e de punição pertenciam à jurisdição dos bispados. Portanto, a *Ad Abolendam* pode ser considerada o registro de uma característica que costumamos recobrir com esquecimento: os procedimentos judiciais (*inquisitiones*) estabelecidos por ela foram instituídos pelo Papado, mas estavam politicamente constituídos como uma instituição episcopal. Por conseguinte, formavam uma descentralizada e intrincada rede de poderes particulares e interesses locais. [...] Declarou sanções não somente contra a heresia em si, mas direcionadas a um espectro maior de comportamentos dissidentes. Não bastava endireitar uns poucos espíritos desviantes. Era preciso desbaratar o nicho que os abrigava, arrancar em toda extensão as raízes de sua “insolência falsidade”. Por isso as penas canônicas deveriam recair também sobre os “acolhedores e protetores, todos que de alguma forma oferecem apoio ou favor aos mencionados hereges”, e a classificação como herege deveria tingir todos que se negassem a jurar o que fosse exigido pelo arbítrio do bispo.⁶

É interessante notar que a bula não se limitou a identificar os heréticos de forma genérica, referindo-se a eles como uma indistinta massa de transgressores, mas os distinguiu em grupos, dentre os quais figuravam os “Cátaros e Humilhados ou Pobres de Lyon”. Sob esse ângulo, o delineamento dos nomes heréticos pela autoridade pontifícia teria o objetivo de torná-los categorias mediante as quais a consciência comunitária cristã deveria reconhecer a identidade do desvio, do esfacelamento do pertencimento coletivo, do alheamento à identidade religiosa partilhada pela cristandade.⁷

5 RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan-jun. 2012. p. 133.

6 RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais. *Op. cit.*, p. 133-134.

7 RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais. *Op. cit.*, p. 135.

Emergente da autoridade imperial, a *Bula Ad Abolendam* expressa a interpenetração medieval dos poderes temporal e espiritual, configurando-se como um “estatuto simultaneamente imperial e eclesiástico”.⁸

Em 1199, por intermédio da edição da *Bula Vergentis in Senium* pelo Papa Inocêncio III, a perseguição herética torna-se mais enfática: nesse momento, a heresia é equiparada ao crime de lesa-majestade e o acusado tem suspensas suas garantias processuais penais, inclusive o sigilo e a voluntariedade da confissão. O imputado é então despersonalizado enquanto sujeito de direitos, tornando-se mero objeto do processo penal.⁹

Por sua vez, o IV Concílio de Latrão, de 1215, em seu cânone 21, fixa a necessidade da confissão anual dos fiéis ao mesmo tempo em que reitera o caráter sacramental da penitência, “a relevância do instituto como *fundamentum ecclesiae*”.¹⁰ Salienta-se que, nesse contexto, a confissão era concebida como “a porta da conversão, a passagem essencial para a construção da identidade”.¹¹

É necessário lembrar, conforme comenta Paolo Grossi, que,

No homem medieval, o *civis* não é separável do fiel. O operador social nunca abdica dos seus princípios de caráter ético-religioso apresentando-se ao olhar do historiador como uma unidade íntegra em que se fundam e se harmonizam elementos e problemas que a nossa consciência de modernos é avessa, há ao menos duzentos anos, a separar. A moral católica não constitui um dado pré-jurídico ou somente jurídico desde que o ordenamento em variadas formas o receba. Esta circula, ao contrário, dentro da mesma experiência jurídica constituindo o elemento invisível vital dela.¹²

Sob essa ótica, destaca-se que a tradição intelectual da cristandade medieval entendia que, para uma humanidade pecadora, havia a necessidade de pairar sobre a comunidade um poder instituído por Deus capaz de punir e refrear os pecados – então concebidos como uma ruptura do vínculo individual com a comunidade. Nessa perspectiva, a pena carregava em si um valor reparador, regulando a inclusão e a exclusão de um indivíduo perante a cristandade.¹³

8 RUST, Leandro Duarte. *Bulas Inquisitoriais*. *Op. cit.*, p. 136.

9 SANTIAGO NETO, José de Assis. **A formação inquisitória do processo penal brasileiro: análise a partir da construção legislativa do direito processual penal no Brasil**. 2019. 447 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. p. 152.

10 GROSSI, Paolo. Sumas penitenciais, direito canônico, direito comum. Trad. Arno Dal Ri Jr. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 771-823, jul.-dez. 2018. p. 775.

11 PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência: inquisidores, confessores, missionários**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 486.

12 GROSSI, Paolo. Sumas penitenciais, direito canônico, direito comum. *Op. cit.*, p. 792.

13 PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência**. *Op. cit.*

É preciso lembrar que, à época, as dimensões individuais e comunitárias encontravam-se entrelaçadas. Para que o projeto de *societas perfecta* fosse bem-sucedido, era necessário que a Igreja encarasse o problema da salvação das almas (ou *salus animarum*) não a nível individual, mas sim a nível social. A imperfeição do indivíduo, nesse cenário, contrastava-se com a perfeição da comunidade sagrada. Aos olhos do Medievo, a comunidade erguia-se como o “único meio seguro para um colóquio eficaz com a divindade, para garantir da divindade a efusão da Graça”.¹⁴

Por outro lado, havia uma distinção entre o caráter privado dos pecados e a periculosidade pública da heresia. O sigilo da confissão auricular era concebido como direito divino, de maneira que nem mesmo o papa tinha poder para eliminá-lo. Entendia-se que, se o segredo fosse dispensado, ninguém mais se confessaria voluntariamente; e, sem a confissão, tanto a religião cristã quanto a moral coletiva estariam fadadas à ruína.¹⁵

É em 1252, com a edição da Bula *Ad extirpanda*, que se autoriza a tortura enquanto método capaz de alcançar a verdade real. É esse o escopo da Lei 26, que assim expressa:

A autoridade ou dirigente seja obrigado a forçar todos hereges que tiver capturado a confessar seus erros expressamente [...] e a acusar outros hereges, os que conhecem, e os crentes e os receptadores, e os defensores deles, assim como são forçados os surripiadores e os ladrões das coisas temporais, a acusar seus cúmplices, e a confessar os malefícios que fizeram, até o limite da diminuição de membro e perigo de morte.¹⁶

O *Directorium inquisitorum*, manual dos inquisidores escrito em 1376, reforça as diretrizes da *Ad extirpanda* ao dispor que

Os verdugos procederão ao despimento do criminoso com certa turbação, precipitação e tristeza para que assim ele se atemorize; já depois de estar despido, leve-se de parte e seja exortado novamente a confessar. Se enfim o acusado nada confessar, pode continuar-se a tortura um segundo dia e um terceiro.¹⁷

14 GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 140

15 PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência**. *Op. cit.* p. 252; 283.

16 RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: Ad extirpanda (1252). **Revista Diálogos Mediterrânicos**, Curitiba, n. 7, p. 200-228, dez. 2014.

17 LIRA NETO. **Arrancados da terra**: Perseguidos pela Inquisição na Península Ibérica, refugiaram-se na Holanda, ocuparam o Brasil e fizeram Nova York. São Paulo: Companhia das Letras, 2021. p. 33.

3. O CONCÍLIO TRIDENTINO E O SISTEMA INQUISITÓRIO MODERNO

No instante final da Guerra de Reconquista, precisando de fundos para a campanha contra os mouros, os reis espanhóis veem o confisco como modo de se obter o enchimento dos cofres públicos. Detectado o inimigo, o judeu, sob as vestes da religião, encobririam interesses econômicos da Coroa. Nesse contexto, o poder régio reivindica ao Papado a instalação de um Tribunal do Santo Ofício. Em 1478, o Papa Sisto IV edita a bula que permitia à Coroa a nomeação de inquisidores. Em 1492, são expulsos da Espanha.¹⁸

Nos anos de 1490, Dom Manuel, à luz do intento de unificação dos reinos ibéricos sob o mando português, contrai matrimônio com Isabel, filha dos reis hispânicos. Como uma das condições impostas à concretização do casamento, nota-se o obrigatório banimento judaico das terras portuguesas. Nesse contexto, em 1497, são expulsos de Portugal por um édito manuelino. Segundo a historiadora Maria Luiza Tucci Carneiro¹⁹, não havia um intuito de se recriar uma sociedade, mas sim de purificar a já existente. Nesse panorama, em 1536, inicia-se a atividade do Tribunal do Santo Ofício português.

A fim de que se desenvolvesse sob a feição de uma Monarquia confessional, a pluriexistência de credos religiosos tornava-se inviável. Daí a imbricação dos poderes temporal e espiritual; daí a religião, a moral, a política e o direito entrelaçarem-se, de maneira a haver a interferência dos dogmas eclesiásticos sobre o corpo jurídico secular.

Conforme declara Francisco Bethencourt em referência à instalação do tribunal inquisitorial hispânico,

Esse poder concedido aos príncipes era um acontecimento inédito: até então, a nomeação dos inquisidores, cuja jurisdição se sobrepunha à jurisdição tradicional dos bispos em matéria de perseguição das heresias, estava reservada ao papa. A bula, com efeito, permitia aos Reis Católicos não apenas a nomeação, mas também a revogação e a substituição dos inquisidores. Tratava-se de uma verdadeira transferência de competência [...] *pela primeira vez, assistia-se ao estabelecimento de uma ligação formal entre a jurisdição eclesiástica e a jurisdição civil*, pois a intervenção do príncipe no processo de nomeação dos inquisidores alterava as relações de fidelidade desses agentes.²⁰

18 CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Preconceito racial em Portugal e Brasil Colônia: os cristãos-novos e o mito da pureza de sangue. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 38-39.

19 CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **Preconceito racial em Portugal e Brasil Colônia**. *Op. cit.*, p. 45.

20 BETHENCOURT, Francisco. História das Inquisições: Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17-18. Grifos meus.

Assim, destaca-se a mescla recíproca entre os âmbitos político e religioso – logo, entre os poderes régio e eclesiástico – vigente no aparato inquisitorial ibérico. Em razão do sistema do Padroado, a Igreja se imiscuía no Estado; o religioso, no secular.

A Inquisição, enquanto empresa eclesiástico-religiosa, funcionava em estreita ligação com o poder régio, integrando o aparelho de Estado com o propósito de, através da submissão das populações a uma única crença e à mais pura ortodoxia da fé católica, obter uma nação espiritual e ideologicamente homogênea, a serviço dos interesses políticos e da centralização do poder inerente às monarquias absolutistas.²¹

A imbricação do secular com o temporal é fortalecida pelo Concílio de Trento (1545-1563), que empregou uma fervorosa defesa do caráter sacramental da confissão privada e da necessidade dos batizados na Fé Católica se confessarem anualmente, reforçando, pois, a recomendação do IV Concílio de Latrão acerca da mesma matéria. Nos moldes tridentinos, não bastava a confissão genérica dos fiéis; mais do que isso, requisitava-se a confissão detalhada.

Devido à reticência dos confitentes, pensou-se na elaboração de uma “pastoral da confissão em que a ameaça era constantemente contrabalaneada pelo encorajamento; a severidade, pela ternura; a punição, pelo perdão”.²² Nessa perspectiva, primeiro o confessor deveria apresentar toda a benevolência, a exemplo da figura paterna bíblica que “corre ao encontro do filho pródigo, abraça-o afetuosamente e o reintegra na comunidade comum”²³ e, somente depois, manifestar a severidade dos pecados confessados. Articulavam-se, então, a complacência e a severidade.

Ressalta-se que os bispos foram os grandes protagonistas da disciplina estabelecida pelas normas tridentinas.

Requisitava-se um episcopado compatível com a figura do pastor zeloso, diligente com o rebanho sob sua responsabilidade. Sob esse ângulo, o bispo deveria estar atento à educação e ao comportamento dos sacerdotes que lhe eram subordinados, à vigilância e à correção das condutas dos fiéis, bem como deveria assegurar a propagação do Evangelho.

Nesse contexto, o Concílio definiu de que modo os prelados deveriam proceder durante as visitas. As visitas episcopais deveriam ser realizadas pessoalmente ou, no impedimento do titular, pelo seu Vigário Geral ou Visitador, anualmente,

21 BOSCHI, Caio César. As Visitas Diocesanas e a Inquisição na Colônia. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 151-184, mar.-ago. 1987. p. 152.

22 DELUMEAU, Jean. **A confissão e o perdão**: as dificuldades da confissão nos séculos XIII a XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 15.

23 DELUMEAU, Jean. **A confissão e o perdão**. *Op. cit.*, p. 10.

por inteiro ou na maior parte da diocese.²⁴ Conforme dispõe a norma tridentina, o principal objetivo das visitas era o de estabelecer “a doutrina sã e ortodoxa, excluídas as heresias”.²⁵

É justamente em meio a esse clima que, em 1591, o Santo Ofício português envia o licenciado Heitor Furtado de Mendonça à América portuguesa, inaugurando-se a ação inquisitorial no Brasil.²⁶

Situada no contexto pós-tridentino de angariar fiéis, exterminar idolatrias e combater heterodoxias que ameaçassem a Fé Católica, acaba por instaurar uma intensa campanha moralizante na colônia, com vistas ao controle do comportamento individual desviante. Daí a atitude inicial de Heitor Furtado de Mendonça ter sido a publicação do Édito da Fé e do Monitório da Inquisição, a partir dos quais o Santo Ofício determinava os chamados trinta dias de graça, período no qual os fiéis que se confessassem, a princípio, teriam o abrandamento de suas penas.²⁷

Ressalta-se que, no Brasil, não houve a instalação de tribunais inquisitoriais. Aqui a ação inquisitorial agiu sobretudo por meio das visitas, da colaboração dos bispos e das ordens regulares (nesse eixo, principalmente por meio da colaboração da Companhia de Jesus), da justiça eclesiástica e de uma rede de agentes composta notadamente por comissários e por familiares, figuras que investigavam, dentre a população colonial, heresias passíveis de serem remetidas ao Tribunal de Lisboa, um dos três tribunais oficiais portugueses ao lado do Tribunal de Coimbra e do Tribunal de Évora.²⁸

Salvo na ocorrência das visitas, os comissários eram os representantes genuínos do Santo Ofício na América Portuguesa, configurando-se como autoridade inquisitorial máxima na colônia. Dentro da hierarquia do Santo Ofício, subordinavam-se diretamente aos inquisidores lisboenses²⁹. Eram-lhes atribuídos os ofícios de ouvir testemunhas, de prender e de encaminhar a Lisboa os suspeitos de heresia, desde que autorizados.³⁰

24 BOSCHI, Caio César. As Visitas Diocesanas e a Inquisição na Colônia. *Op. cit.* p. 156.

25 TRADUÇÃO DO SACROSANTO E ECUMENICO CONCILIO DE TRENTO. In: **Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro Antigo e Moderno em suas relações com o Direito Canonico**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, Livreiro Editor, 1873. p. 670.

26 VAINFAS, Ronaldo (Org.). Confissões na Bahia: Santo Ofício da Inquisição de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 7.

27 Segundo Vainfas (1997, p. 20), tal conduta reitera a ambição do Santo Ofício de “colocar-se acima de todos, verticalizando em seu único benefício as relações sociais, diluindo as hierarquias, dissolvendo as solidariedades de todo tipo”. Vigentes no Brasil até 1830, quando entra em vigor o Código Criminal do Império.

28 RODRIGUES, Aldair Carlos. **Limpos de sangue**. *Op. cit.*

29 RODRIGUES, Aldair Carlos. **Limpos de sangue**. *Op. cit.*, p. 36-37.

30 HERMANN, Jacqueline. **1580-1600: o sonho da salvação**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 107.

Já os familiares eram funcionários não assalariados do Santo Ofício que recebiam gratificações pelos serviços realizados, a exemplo da isenção do pagamento de impostos. Eram encarregados de prender os infratores a mando dos comissários e de lhes sequestrar os bens caso a pena que lhes fora atribuída fosse o confisco³¹.

Destaca-se que o próprio visitador, muitas vezes, impulsionava o turvamento entre a confissão inquisitorial e a confissão auricular realizada em confessionário, as quais possuíam naturezas dissonantes: enquanto a última configura um sacramento em que o fiel manifesta seus pecados e é deles absolvido mediante penitências espirituais, a primeira se relacionava a erros e a enganos conscientes, de fé ou de doutrina, ou a condutas que tipificassem delitos passíveis de pena na justiça secular. Logo, ao passo que a sacramental trata de pecados, a inquisitorial tratava de here-sias, equivalendo-se a prova judiciária.³²

No que tange ao uso de tortura para obter a confissão almejada, as Ordenações Filipinas³³ estabeleciam que a confissão sob tortura apenas era válida se, dado algum tempo para que se recuperasse dos sofrimentos físicos suportados, o preso viesse a ratificá-la sem sem coagido fisicamente.³⁴

Na colônia, o programa tridentino foi aplicado sobretudo por meio das *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia* (1707), obra magna do prelado baiano tornada o principal corpo de leis canônicas em todas as dioceses lusoamericanas.. Nela se observa uma regulação da jurisdição inquisitorial e das visitas episcopais, que ambicionavam inspecionar as igrejas e moralizar tanto o clero quanto a sociedade colonial – caminhando, pois, do vértice de uma ordem hierárquica para o cotidiano da comunidade.

Em seu *Livro Primeiro*, Título XXXV, determina: “por preceito divino são obrigados todos os fiéis cristãos de um e outro sexo que forem capazes de pecar a se confessar inteiramente de todos os pecados mortais que tiverem cometido e dos quais se lembrarem”.³⁵ Ainda acerca de matéria confessional, dispõe em seu Título XLII:

Enquanto o penitente for confessando seus pecados, lhos não estranhem nem criminem nem por palavra, sinal ou gesto mostrem que se espantam deles, por graves e enormes que sejam, antes lhes vão dando confiança, para

31 Idem.

32 VAINFAS, Ronaldo (Org.). **Confissões na Bahia**. *Op. cit.* p. 25-26.

33 Vigentes no Brasil até 1830, quando entra em vigor o Código Criminal do Império.

34 VILELA, Hugo Otávio Tavares. Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830) – Revisitando e reescrevendo a história. **RJLB**, v. 3, n. 4, p. 767-780, 2017. p. 775.

35 VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010. p. 187.

que sem o pejo com que o demônio faz muitas vezes que a confissão não seja verdadeira, e sem aquele temor que também os perturba, façam, como convém, inteira confissão. E se os penitentes não disserem o número, espécies e circunstâncias dos pecados necessárias para a confissão bem feita, as vão perguntando e examinando com prudência.³⁶

À parte as distinções entre a Inquisição medieval e a Inquisição moderna ibérica – voltada precipuamente à ambição régia quanto à manutenção da unicidade do Estado –, verifica-se que, no bojo do sistema inquisitório, a premissa de que se cometera algum pecado permite que o inquisidor frua de todos os meios que lhe são disponíveis para obter a verdade real. Nesse sentido,

O réu é considerado culpado *a priori*, já que é preciso ter por culpado o acusado para arrancar a sua culpa. Ao acusado só resta confessar tudo, sem o conhecimento de nada. E mesmo que ele jure conforme a ortodoxia, de mil maneiras sabidas ou decoradas, isto ainda é sinal de dissimulação e malícia, com as quais o inquisidor está bem familiarizado. A Inquisição espera que o suspeito tire, uma a uma, todas as máscaras, até a pele da alma, o que justifica a tortura, único instrumento capaz de chegar ao cerne mesmo da culpa, talhada em carne viva. Sendo a heresia um pecado do espírito, a única prova possível a esse respeito é a confissão: se o sujeito não confessa, é preciso torturá-lo.³⁷

4. A “REVOLUÇÃO” OPERADA PELO CÓDIGO DE INSTRUÇÃO CRIMINAL FRANCÊS DE 1808

Neste trajeto histórico, passa-se agora ao Código de Instrução Criminal de 1808, obra napoleônica que muita influência teve sobre o Código Criminal do Império, de 1831.

Se, por um lado, Napoleão necessitava do controle punitivo proporcionado pelo sistema inquisitório, por outro não poderia adotá-lo de forma expressa, pois o modelo era contrário ao pensamento revolucionário francês.³⁸ Na prática, contudo, “o sistema inquisitório religioso se transformou no inquisitório laico, paradigma processual fundamental à centralização do poder real e posteriormente do Estado absolutista oitocentista”.³⁹

36 VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. *Op. cit.* p. 203.

37 NAZÁRIO, Luiz. **Autos-de-Fé como espetáculos de massa**. São Paulo: Associação editorial Humanitas – Fapesp, 2005. p. 79.

38 SANTIAGO NETO, José de Assis. **A formação inquisitória do processo penal brasileiro**. *Op. cit.*

39 POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 152.

Separando o procedimento processual penal em duas fases – a fase de instrução e a fase de juízo –, o Código de Instrução Criminal napoleônico implementou o fim da prova tarifada e a adoção do modelo de livre convencimento do juiz. Com a criação de um órgão público acusador, permitiu-se a distinção das funções de acusador e julgador.⁴⁰

Qualificado posteriormente como misto (ou acusatório formal) por se dividir em uma fase acusatória e em uma fase inquisitória, o código napoleônico é, na realidade, “derivado de um aparato político movido pela vontade de poder, que manteve a gestão da prova concentrada nas mãos do juiz e possibilitou a utilização de elementos obtidos unilateralmente e sem contraditório na fase processual”.⁴¹

Nesse sentido, é possível notar que, embora concebido como bifásico, o modelo napoleônico não inaugurou um novo sistema processual penal, mas se sustentou sobre o sistema inquisitório. Como a natureza do sistema processual penal se define a partir da gestão das provas, se a gestão probatória fica nas mãos do juiz, há um sistema inquisitório, de forma que seja inviável se falar em um sistema misto. Nesse cenário, o modelo napoleônico apenas exterioriza o sistema acusatório, mas não o materializa. Segundo Aury Lopes Jr.,

A fraude no sistema reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou na encenação da primeira fase.⁴²

5. O RANÇO INQUISITÓRIO DO CPP DE 1941

O Código de Processo Penal hoje vigente, de 1941, tem inspiração no Código de Processo Penal Italiano de 1930⁴³, editado durante o regime fascista de Mussolini.

Francisco Campos, Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores do governo estadonovista e responsável pela redação do CPP, ao discorrer sobre o projeto então em elaboração, afirma que ele

40 SANTIAGO NETO, José de Assis. **A formação inquisitória do processo penal brasileiro**. *Op. cit.*, p. 227.

41 POLI, Camilín Marcie de. **Sistemas processuais penais**. *Op. cit.*, p. 180.

42 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 42.

43 Também denominado Código Rocco por ter sido elaborado pelo jurista Alfredo Rocco.

Oferece os meios necessários para a completa apuração da verdade nos processos criminais, adotando o princípio, hoje vencedor em todas as democracias do mundo, da liberdade de iniciativa das provas por parte dos juízes e do livre convencimento do julgador. Não quer dizer que este possa julgar sem provas, nem que os julgados possam ser pronunciados contra as provas existentes nos autos. As provas é que podem ser apreciadas livremente, liberto o juiz de normas preestabelecidas para determinar-lhe os meios de apreciação.⁴⁴

Também é interessante observar o que declarou ao encaminhar o projeto para Vargas, em 8 de setembro de 1941:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.⁴⁵

Nota-se, portanto, que o Código de Processo Penal brasileiro é “fundado nas premissas ideológicas de defesa social e na fragilidade das garantias individuais, forjado na concentração de poderes nas mãos do juiz, principalmente da gestão probatória”.⁴⁶ Assim, tendo nascido autoritário, sobrevive inquisitório ainda hoje, a despeito de suas diversas reformas, na medida em que segue centralizado na busca da verdade real como dever de ofício do magistrado.⁴⁷

O CPP de 1941, ao adotar a mesma estrutura do Código de Processo Penal italiano de 1930 e do Código de Instrução Criminal napoleônico de 1808, divide a estrutura processual penal brasileira em duas fases, uma de investigação e outra de julgamento. Na primeira, o protagonismo cabe à autoridade policial, estando o imputado isento do direito a um contraditório efetivo. Segundo Aury Lopes Júnior⁴⁸, “o inquérito policial brasileiro, ao integrar os autos do processo e poder ser utilizado como elemento de convencimento do julgador, acaba por transformar o processo penal num jogo de cartas marcadas, ou melhor, dadas a critério do investigador”.

Nesse sentido, a fase judiciária, que deveria ser acusatória, acaba por se tornar uma fase de confirmação das informações advindas do inquérito – fase em que

44 CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**: sua estrutura seu conteúdo ideológico. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1941. p. 151

45 BRASIL. **Código de Processo Penal** – Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.

46 SANTIAGO NETO, José de Assis. **A formação inquisitória do processo penal brasileiro**. *Op. cit.* p. 313.

47 Idem.

48 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. *Op. cit.*, p. 51.

os elementos colhidos são construídos de forma unilateral, estando isento o contraditório.

O ranço inquisitório do CPP de 1941 pode ser verificado a partir da redação original do art. 186, cuja previsão afirmava que o réu, apesar de não ser obrigado a responder às perguntas que lhe fossem formuladas, poderia ter seu silêncio interpretado em prejuízo da defesa. Seu silêncio também poderia constituir elemento apto a formar o convencimento do juiz, nos termos do art. 198 do CPP.⁴⁹

6. A CONFISSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A confissão pode ser extrajudicial ou judicial. A judicial é produzida diante de autoridade judiciária competente para julgar o caso; a extrajudicial, em qualquer outro meio fora do processo. Ressalta-se que a confissão extrajudicial não é prova, de modo que deve ser renovada em juízo para ser apreciada pelo julgador.

No sistema penal brasileiro, a confissão caracteriza-se pela relatividade, pela retratabilidade e pela divisibilidade. A relatividade indica que não é possível lhe atribuir valor absoluto, de sorte que o julgador deva confrontá-la com as demais provas produzidas no processo, verificando se, entre elas, há compatibilidade e concordância (art. 197 do CPP). A retratabilidade aponta para a possibilidade de retratação total ou parcial. A divisibilidade, por sua vez, significa que a confissão pode ser aceita apenas em partes. Para que o julgador possa valorá-la adequadamente, é preciso saber os motivos que levam o indivíduo a confessar. Sob essa lente, o art. 190 do CPP prevê que, mesmo realizada a confissão, o julgador deve indagar ao acusado os motivos e as circunstâncias do fato.

Na redação original do Código Penal de 1940, a confissão somente era reconhecida como atenuante se o agente confessasse “espontaneamente perante a autoridade a autoria do crime ignorada ou imputada a outrem” (art. 48, IV, “d”). Com a reforma da parte geral em 1984, passou a ser considerada como circunstância atenuante ter o agente “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (art. 65, III, “d”).⁵⁰

Alguns doutrinadores diferenciam voluntariedade e espontaneidade. Enquanto a voluntariedade consistiria na liberdade de agir, a espontaneidade estaria mais ligada à sinceridade, ao intuito do réu.

Nessa perspectiva, conforme comenta Guilherme Nucci, (1999, p. 158-159),

49 O art. 198 ainda vige no ordenamento, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 444, tenha o declarado não recepcionado pela CRFB/88.

50 OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. **A confissão em juízo: características, vícios e sua valoração**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 42.

A confissão, para valer como prova, há de ser voluntária, mas não necessariamente espontânea. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. Esta é a posição doutrinária dominante. Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal. Ao deslocar o interrogatório para o final da instrução, a lei processual penal deixou inalterado o Código Penal, que ainda exige que a confissão seja espontânea para valer como circunstância atenuante no momento da fixação da pena. Se o interrogatório agora somente é realizado ao final da instrução, tendo [...] o réu sido preso com o objeto ou produto do crime e reconhecido pela vítima e pelas testemunhas, não havendo outra alternativa a ele senão confessar, pode-se entender que sua confissão deixou de ser espontânea, podendo apenas ser considerada voluntária. O papel que o réu tinha, de reconhecer sua responsabilidade logo após ter ciência dos termos da acusação e de colaborar com o bom andamento do processo, não existe mais. Somente poder-se-ia falar em espontaneidade caso o réu, antes de colheita de provas em juízo, se manifestasse no sentido de que pretende confessar.⁵¹

À luz dessa dissonância mencionada por Nucci, pensa-se que dificilmente haverá espontaneidade na confissão – já que, não raro, é visualizada como mecanismo de recompensa.

7. AINDA RAINHA DAS PROVAS?: A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E NO ART. 65, III, “D”, DO CÓDIGO PENAL

A Lei n. 13.964/2019, ou “Pacote Anticrime”, introduziu no Código de Processo Penal (via art. 28-A) o acordo de não persecução penal (ANPP), que se ergue como um instrumento de justiça penal negociada.

O ANPP é um negócio jurídico de natureza extrajudicial celebrado entre o Ministério Público e o investigado (devidamente assistido por advogado/defensor), notadamente na fase de investigação de um ilícito penal, necessariamente homologado judicialmente, onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso investigado, aceitando voluntariamente a cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.⁵²

51 NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 158-159

52 CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 78, P 247-261, out.-dez. 2020. p. 248.

O *caput* do art. 28-A do CPP prevê requisitos legais cumulativos para a realização do ANPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente⁵³.

Daí se nota que o ANPP somente ocorrerá, dentre outros requisitos, mediante confissão pessoal, formal e circunstanciada.

Entende-se como confissão formal do investigado aquela preferencialmente gravada em áudio e vídeo (art. 18, § 2º, da Resolução 181/2017 do CNMP) ou reduzida a termo, realizada na presença do Ministério Público e do defensor do investigado, na audiência extrajudicial designada pelo Ministério Público para a celebração do acordo de não persecução penal.⁵⁴

Já a confissão circunstanciada designa a confissão integral, minuciosa, aquela que fornece todos os detalhes da prática delitiva. Nesse sentido, a celebração do ANPP fica impossibilitada se a confissão for parcial ou omissa, de sorte que, se, por ventura, o acordo tiver sido realizado e, depois, descobrir-se a falsidade ou a parcialidade da confissão, é necessária a sua desconstituição.

A necessidade da confissão, todavia, confere uma suposta “garantia de culpabilidade” para daqueles que oferecem o acordo, o que se contrapõe ao princípio da presunção de inocência, determinado no art. 8.2 da Carta Interamericana de Direitos Humanos⁵⁵, da qual o Brasil é signatário.

Se o estado de culpa do investigado apenas deveria advir do trânsito em julgado da sentença condenatória, é bastante questionável tal concretização da culpabilidade no aspecto de uma confissão em fase pré-processual (fase investigatória), como condição necessária para efetivação do ANPP.

Nesse cenário, é preciso olhar esse instrumento a partir de uma lente crítica, conforme o faz Ferrajoli

O perigo de que a prática do acordo ou transação – como de resto ficou demonstrado pela própria experiência americana – possa produzir uma grave perversão burocrática e policialesca de uma boa parte da justiça penal,

53 Grifos meus.

54 CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Op. cit.*, p. 251.

55 Art 8.2 - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

e transformar o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre condenação a uma pena reduzida, e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição, mas, também, com uma pena enormemente alta.⁵⁶

Transpondo a teoria à prática, é interessante mencionar o entendimento jurisprudencial de que o silêncio do réu na fase investigatória (ou inquisitorial) não frustra uma eventual celebração do acordo, conforme posição exarada pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 1364186 AgR/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

6. Especificamente quanto à confissão, é inválida a negativa do ANPP por ter o investigado exercido regularmente direitos na Etapa de Investigação Criminal. Exaurida da Etapa de Investigação Criminal, rejeitada a hipótese de arquivamento, somente então surge a análise dos requisitos e condições do ANPP. *O fato de o investigado ter confessado ou não a conduta apurada é independente da instauração da Etapa da Justiça Negocial, na qual a exigência é de “confissão circunstancial”*. 7. A partir das premissas estabelecidas, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, em 23.01.2020, a análise do cabimento do ANPP se refere exclusivamente à satisfação dos requisitos objetivos, independentemente da confissão do investigado na Etapa de Investigação Criminal, desde que uma das partes tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP, sob pena de estabilização da controvérsia por meio dos efeitos preclusivos do comportamento omissivo, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual.⁵⁷

Tal concepção também se encontra nas decisões emanadas pelo Superior Tribunal de Justiça. No HC 657.165/RJ, expressa-se que a formalização do ANPP não pode ser condicionada à confissão extrajudicial:

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” [...] 4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não

56 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 601.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1364186 AgR/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe: 31 ago. 2023. Grifos meus.

pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo.⁵⁸

No julgamento do REsp 2068891/BA, o STF ratifica tal compreensão ao asseverar que “é razoável a cientificação do indiciado e de seu defensor acerca da conveniência e oportunidade em assumir formalmente a responsabilização penal do crime, ainda que, no curso do inquérito policial, tenha escolhido o direito de permanecer calado”.⁵⁹

Já a confissão espontânea prestada mediante autoridade, conforme previsão expressa no art. 65, III, “d”, do Código Penal, é concebida como circunstância que atenua a pena a ser imposta após a prolação da decisão condenatória, com base no sistema trifásico de aplicação de pena: “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime”.

Na Súmula n. 545, o STJ firmou o entendimento de que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

Todavia, conforme supracitado, a confissão não se delinea como uma prova absoluta: para ser apreciada, o juiz deve verificar se entre a confissão e as demais provas há compatibilidade ou concordância (art. 197 do CPP).

Nesse sentido, pensa-se que o art. 65, III, “d”, do Código Penal (em consonância com a Súmula n.º 545 do STJ) acaba, na prática, por romper com a relatividade devida à confissão, de modo a sobrevalorá-la.

Além de favorecer a imagem da confissão como gratificação – uma vez que a confissão é amiúde vista como uma recompensa ao acusado –, a atenuante acaba

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 657.165/RJ**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. DJe: 18/8/2022.

59 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2068891/BA**. Rel. Min. Jesuíno Rissato. DJe: 14/12/2023.

por valorizá-la em demasia enquanto elemento probatório capaz de elucidar a verdade pretendida, de maneira a quase ruir a relatividade que lhe é devida.

Nessa perspectiva, alinha-se ao pensamento de Aury Lopes Júnior:

Deve-se insistir na necessidade de abandonar-se o ranço inquisitório (e a mentalidade nessa linha estruturada), onde a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois o réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo. No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda), no campo da culpa judaico-cristã, onde o réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da sua pena, art. 65 III, “d”, do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados.⁶⁰

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se se concebe como verossímil a capacidade de reproduzir um acontecimento pretérito, “entende-se possível a existência de uma verdade absoluta como imagem do mundo real”, o que é apregoadado pela teoria correspondista.⁶¹ Assim se afirma a coincidência entre uma sentença e a realidade concreta que a circunda, afirma-se a possibilidade de se averiguar objetivamente a verdade histórica.

Entretanto, conforme ilumina Gadamer, em *Verdade e Método*, “a tradução é sempre a consumação da interpretação que o tradutor deu à palavra que lhe foi proposta”.⁶² De fato, a tradução projeta sobre o objeto um olhar dissonante, de sorte a inaugurar uma nova interpretação, na qual a essência do original se imiscui nas novidades trazidas pelo intérprete. O momento do texto interpretado se funde ao momento do intérprete, intrinsecamente contaminado por suas visões de mundo; daí germina uma fusão de horizontes, em que se fundam “os horizontes do passado e do presente num constante movimento, como o que constitui a essência da compreensão”.⁶³

Dessa maneira, não se pode conceber o fato como dado estático ou pressuposto, como realidade imutável passível de ser transladada para o processo penal. O fato pretérito é apenas reconstruído – mas jamais reproduzido – no presente, a partir dos fragmentos que dele restaram seja na memória daqueles que o testemunharam, seja em fraturas materiais ou documentais. Se o intérprete, sempre enviesa-

60 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. *Op. cit.*, p. 501.

61 PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. *Op. cit.*, p. 81.

62 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2007. p. 503.

63 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. *Op. cit.*, p. 508.

do cognitivamente, maculado por seus pré-conceitos, sempre considera a si mesmo no processo interpretativo, o processo de tradução – a tradução do fato original em narrativa subjetiva acerca daquele mesmo fato – configura uma metamorfose, uma alteração, uma adequação do acontecimento primitivo, que, remodelado pela lente do intérprete, torna-se inacessível em sua integralidade. Nesse sentido, relembram-se estas palavras de Felipe Martins Pinto: “a mediação pela linguagem impõe, obrigatoriamente, à formação da verdade no processo, uma carga de relativismo, de incerteza e de ambiguidade diante da elevada complexidade, variabilidade e inclinação à contradição dos temas e das premissas de decisão”.⁶⁴

A desconsideração da fusão de horizontes circundante do fato reconstruído no agora, quando do julgamento, dissolve o potencial de se vislumbrar o *todo*, a inteireza do fato narrado. Portanto, caso o olhar judicial esteja centralizado na confissão do réu, apequena-se o fato, desconsideram-se direitos e garantias fundamentais e se encoraja a incidência da ideologia política e da moral sobre o processo.

Apenas há um processo penal democrático se ambas as teses – de acusação e de defesa – puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz; isto é, se houver uma igualdade cognitiva.

Daí a impossibilidade de se alcançar a verdade no processo. Não é a verdade em si que é discutida – um determinado fato ocorreu sob certas circunstâncias, é certo! –, mas a possibilidade de trazê-la, em sua plenitude, para dentro do processo.

Ao longo deste estudo, viu-se que a confissão adquire grande proeminência valorativa na processualística penal brasileira, como o art. 28-A do CPP bem assinala. A despeito da exigência do CPP, em seu art. 197, quanto à necessidade de a prova confessional, para ser apreciada pelo juiz, ser compatível e concordante com as demais provas, discutiu-se que, na prática, não raro continua a pairar como *regina probationum*. Conforme visto, meras reformas não são capazes de remover o ranço inquisitorial do CPP de 1941, haja vista que a mera mudança formal não é capaz de eliminar toda a herança cultural inquisitória legada ao processo penal brasileiro.

Em um de seus votos, o Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal Federal, afirmou que o CPP “deveria ter sido compulsoriamente aposentado, mas está aí, ainda que com algumas atualizações, regendo o nosso sistema jurídico criminal”.⁶⁵ Marca da desatualização, antiquado, obsoleto e retrógrado são adjetivos reiteradamente utilizados para qualificá-lo. Em contrapartida, defende-se a tessitura de um novo Código de Processo Penal, novidade capaz de satisfazer os anseios de

64 PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. *Op. cit.*, p. 131-132.

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 598886/SC**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma.

uma sociedade complexa, heterogênea, multifacetada e de remodelar o sistema processual penal contemporâneo, suprimindo-lhe os rastros inquisitoriais.

Contudo, a palavra (escrita) basta? Será que, em tão rápida existência, pode tudo transformar? Elimina-se um texto do papel, mas seu sentido ainda reverberará no imaginário daqueles que o leram. A palavra, física, esvai-se; a ideia subsiste. E o vestígio inquisitório permanece.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETHENCOURT, Francisco. **História das Inquisições**: Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BOSCHI, Caio César. As Visitas Diocesanas e a Inquisição na Colônia. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 151-184, mar.-ago. 1987.
- BRASIL. Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 598886/SC. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_processo=HC598886. Acesso em: 12 jul. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 657.165/RJ**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. DJe: 18/8/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao=18/08/2022. Acesso em: 12 jul. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 2068891/BA**. Rel. Min. Jesuíno Rissato. DJe: 14/12/2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EANPP+com+confiss%3Eo+extrajudicial%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=ANPP+com+confiss%3Eo+extrajudicial&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=>. Acesso em: 12 jul. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1364186 AgR/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe: 31 ago. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur485776/false>. Acesso em: 12 jul. 2024.
- CALVINO, Italo. As cidades invisíveis. Trad. Diogo Mainardi. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 161-162.
- CAMPOS, Francisco. O estado nacional: sua estrutura seu conteúdo ideológico. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1941.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Preconceito racial em Portugal e Brasil Colônia: os cristãos-novos e o mito da pureza de sangue. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 78, p. 247-261, out.-dez. 2020.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 01, n. 01, 2001.
- DELUMEAU, Jean. **A confissão e o perdão**: as dificuldades da confissão nos séculos XIII a XVIII. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 8. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. Sumas penitenciais, direito canônico, direito comum. Trad. Arno Dal Ri Jr. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 771-823, jul.-dez. 2018.

HERMANN, Jacqueline. 1580-1600: o sonho da salvação. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LIRA NETO. **Arrancados da terra**: Perseguidos pela Inquisição na Península Ibérica, refugiaram-se na Holanda, ocuparam o Brasil e fizeram Nova York. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, Carlos Henrique Alvarenga Urquiza. **Entre santos e marranos**: a Inquisição portuguesa como instrumento de perseguição étnica aos cristãos-novos (sécs. XVI-XVIII). 2022. 247 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022.

MEIRELLES, Cecília. **Obra Poética**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Aguilar Editora, 1967, p. 560-561.

NAZÁRIO, Luiz. **Autos-de-Fé como espetáculos de massa**. São Paulo: Associação editorial Humanitas – Fapesp, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Luiz Rogério Monteiro de. **A confissão em juízo**: características, vícios e sua valoração. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência**: inquisidores, confessores, missionários. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

RODRIGUES, Aldair Carlos. Limpos de sangue: familiares do Santo Ofício, Inquisição e sociedade em Minas colonial. São Paulo: Alameda, 2011.

RUST, Leandro Duarte. Bulas Inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) e Vergentis in Senium (1199). **Revista de História**, São Paulo, n. 166, p. 129-161, jan-jun. 2012.

RUST, Leandro Duarte. Bulas inquisitoriais: Ad extirpanda (1252). **Revista Diálogos Mediterrânicos**, Curitiba, n. 7, p. 200-228, dez. 2014.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **A formação inquisitória do processo penal brasileiro**: análise a partir da construção legislativa do direito processual penal no Brasil. 474 f. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

SANTOS, Cleilda Cassim dos. **Verdade à prova**: o Instituto da Confissão no Direito Processual Penal Brasileiro. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2020.

TRADUÇÃO DO SACROSANTO E ECUMENICO CONCILIO DE TRENTO. In: Direito Civil Ecclesiastico Brasileiro Antigo e Moderno em suas relações com o Direito Canonico. Rio de Janeiro: B. L Garnier, Livreiro Editor, 1873.

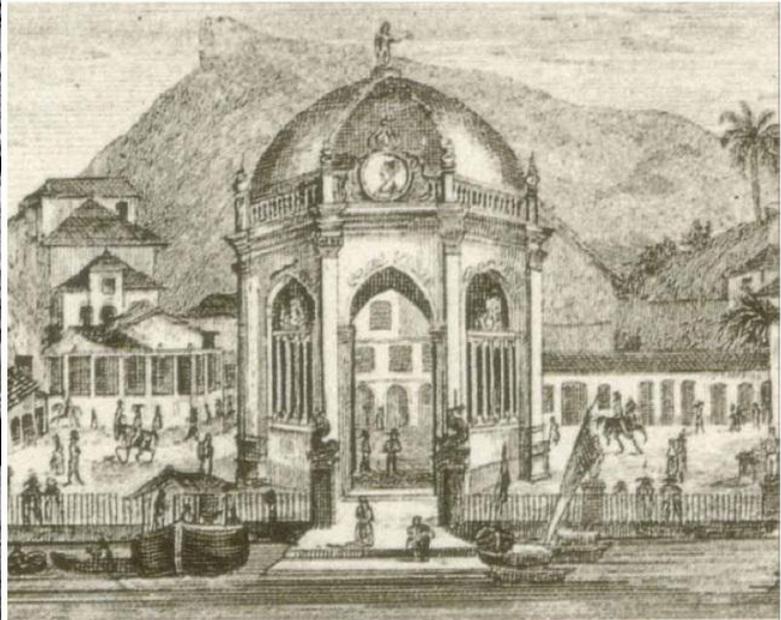
VAINFAS, Ronaldo (Org.). **Confissões na Bahia**: santo ofício da inquisição de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Ordenações Filipinas e Código Criminal do Império do Brasil (1830) – Revisitando e reescrevendo a história. RJLB, v. 3, n. 4, p. 767-780, 2017.

AS RUÍNAS DO CAIS: FRAGMENTOS DA FORMA JURÍDICA DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL OITOCENTISTA

*Victor Frank Corso Semple*¹



RESUMO: O artigo investiga o Cais do Valongo, no Rio de Janeiro, como “ruína da modernidade”. O objetivo do texto é o de desvendar significados para a história jurídica da escravidão no Brasil a partir da escala do porto. Nesse sentido, considera o que hoje é o sítio arqueológico do Cais e sua evolução no tempo e no espaço como chave de ativação da memória sobre a estrutura de longa duração que foi a escravidão e como isso se relaciona com a História do Direito.

Palavras-chave: História do Direito. Escravidão e forma jurídica. Ruínas e temporalidades do Direito.

ABSTRACT: The paper investigates the Valongo Wharf, in Rio de Janeiro as a “ruin of modernity”. The work’s objective is to uncover meanings for the legal history of slavery in Brazil as understood from the port’s scale. In this sense, it considers what is today the Wharf’s archaeological site and its evolution in

1 Mestrando em Direito, Estado e Constituição (PPGD/UnB). Bacharel em Direito pela UnB. Membro do Grupo de Pesquisa “Percurso, Narrativas e Fragmentos”, inscrito no CNPq. Advogado em Brasília. Atualmente, ocupa cargo no Ministério da Justiça e Segurança Pública. Contato: victorcorsosemp@gmail.com.

time and space as a key to activating memory about the long-term structure that was slavery and how this relates to legal history.

Keywords: History of Law. Slavery and legal form. Ruins and temporalities of Law.

1. INTRODUÇÃO

Ruínas urbanas são lugares ricos para o estudo da História. Nesse artigo, pretendo tratar o Cais do Valongo, no Rio de Janeiro, como ruína da modernidade. Tido pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) como do “mais contundente lugar de memória da diáspora africana fora do continente africano”², a história do Cais revela também pontos importantes para a História do Direito. Ruínas como as do Valongo são verdadeiras “ruínas da modernidade” porque denotam, ao mesmo tempo, a grandiosidade do empreendimento colonial-imperialista e seu lado mais perverso de violação de direitos humanos por meio da escravidão negra.

No primeiro momento, conto uma história do Cais do Valongo observado enquanto “ruína da modernidade”, a partir de chaves de leitura de Gustavo Verde-sio³, de Andreas Huyssen⁴, de W. G. Sebald⁵ e de Cristiano Paixão⁶.

No segundo momento, argumento que, enquanto lugar de ativação de memória, o sítio arqueológico do Valongo pode revelar pontos importantes sobre a estrutura de longa duração da escravidão. Para isso, tomo o Cais como unidade de análise, como pequena escala do “grande pacto” escravista. Nesse sentido, o tempo e o espaço do Valongo inserem-se num sofisticado quadro institucional que tinha na forma jurídica a principal legitimadora da escravidão.

Por fim, sustento que o texto se abre à discussão contemporânea sobre a valorização do conjunto arqueológico do Cais do Valongo, em um sentido de ativação de memória. O local foi declarado Patrimônio Histórico da Humanidade pela UNESCO em 2017. No início de 2023, o IPHAN deu posse ao Comitê Gestor do Cais do Valongo, restituindo o órgão que fora extinto em 2019. O comitê é responsável pela gestão do sítio. Atualmente, as obras de valorização envolvem reformas

2 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Sítio Arqueológico Cais do Valongo. Proposta de inscrição na lista do patrimônio mundial*. Janeiro, 2016^a, p. 13. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Dossie_Cais_do_Valongo_versao_Portugues.pdf. Acesso em: 8 de jul. de 2023.

3 VERDESIO, Gustavo. Invisible at a glance: indigenous cultures of the past, ruins, archeological sites, and our regimes of visibility, in HELL, Julia. SCHÖNLE, Andreas (ed.). *Ruins of Modernity*. Durham and London: Duke University Press, 2010, p. 339-353.

4 HUYSSSEN, Andreas. A nostalgia das ruínas, em *Culturas do passado-presente – modernismos, artes visuais, políticas da memória*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto e Museu de Arte do Rio, 2014, p. 91-114.

5 SEBALD, W.G. *Os anéis de Saturno: uma peregrinação inglesa*. Trad. José Marcos Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

6 PAIXÃO, Cristiano. Temporalities of Law: Ruins, Urban Palimpsests, and War Crimes in W.G. Sebald's Literary Project. In: *LawArt: Rivista di Diritto, Arte, Storia Journal of Law, Art and History*, 3, 2022, p. 319-362. <https://doi.org/10.17473/LawArt-2022-3-13>.

físicas, sinalizações, guarda-corpos e módulos expositivos sobre a História da Escravidão.

2. CAIS DO VALONGO: RUÍNA DA MODERNIDADE

A cidade do Rio de Janeiro foi “o maior porto escravagista da história da humanidade” onde aportaram, somente no Valongo, o número estimado de um milhão de africanos cativos⁷. O cais foi construído com o objetivo de deslocar o desembarque de escravizados da região central da recém capital do Império, da Praça XV, para uma pequena enseada entre os morros do Valongo e do Livramento⁸.

Em 1831, a Lei Feijó proibiu formalmente o tráfico atlântico de escravizados no Brasil. O porto foi desativado, mas o tráfico permaneceu como prática ilegal. O Valongo cumpriu sua função, perdeu sua forma e virou ruína. Foi transformado no Cais da Imperatriz, em 1843⁹, em Cais da Saúde, a partir de 1889 e aterrado pelas

7 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Op. Cit.*, p. 13.

8 O Vice-Rei, Marquês de Lavradio, determinou a transferência do local. Após reclamações das elites e de uma proposição formal da Câmara de Vereadores, em 1759, o deslocamento do principal local de ancoragem, gestão e fixação dos cativos foi baixado por ordem do Vice-Rei, em 1774. A autoridade máxima da colônia à época explicou em suas *“Instruções do Marquês de Lavradio ao seu sucessor como Vice Rei”* que: “Foi a resolução ordenar que todos os escravos que viessem nestas embarcações, logo que dessem sua entrada na Alfândega, pela porta do mar, tornassem a partir e embarcassem para o sítio chamado Valongo, que é no subúrbio da cidade separados de toda comunicação e que ali se aproveitassem das muitas casas e armazéns que ali há para os terem e que àqueles sítios fossem as pessoas que os quisessem comprar e que os compradores nunca pudessem entrar com mais de 4 ou 5 na cidade [e] que os precisassem de ser vestidos e que enquanto os não conduziam para as minas ou para suas fazendas depois de comprados os tivessem no campo de São Domingos onde tinham todas as comodidades e livravam a cidade dos incômodos e prejuízos que há tantos anos se recebia por causa da sobredita desordem. Vigiei muito cuidadosamente sobre a execução desta ordem; ainda que com trabalho consegui que ela se executasse; visivelmente se conheceu os benefícios que receberam na saúde os povos; até os mesmos escravos se restituíam mais facilmente das moléstias que traziam; aquele grande fétido que havia já não se sente; e hoje todos conhecem o benefício que daqui lhes tem resultado: porém sem embargo disto ainda os que têm interesse em os conservar em casa não deixam de fazer toda possível diligência para conseguirem o tornar tudo ao mesmo estado. V. Ex. fará neste ponto aquilo que lhe parecer mais acertado” (Lavradio apud. Iphan, 2016a, p. 85-86).

9 Após a proibição do tráfico de escravos pela Lei Feijó, de 1831, o Cais “continuou funcionando para o transporte de toda sorte de mercadorias e de pessoas até 1843”. Neste ano, o Imperador Pedro II ordenou uma intervenção para reforma completa do cais para receber a princesa das Duas Sicílias, Teresa Cristina de Bourbon, sua segunda consorte, com quem se casara por procuração e que chegaria da Itália no mesmo ano (Lima; Sene; Souza, 2016, p. 300-301). O projeto, segundo dissertação de Francisco Phelipe Cunha Paz, no programa de Mestrado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional da Universidade de Brasília (CEAM/UnB), “procurava imprimir à região um ar mais nobre, europeizado e, assim, supostamente civilizado. (...) Era preciso dar a ela [à região do Valongo] uma outra feição, que necessariamente teria que ser menos negra, ou que apagasse de vez as manchas e as heranças da escravidão e dos escravizados” (p. 100). O cais seria “a uma grande praça, nela aparece ao centro uma construção em formato hexagonal com um teto abobadado e com a efígie da Princesa do reino da Duas Sicílias. O cais teria sido estremado por gradis de ferro e como se observa, em primeiro plano, foram erguidos dois pilares em pedra com um par de golfinhos de bronze

reformas urbanas de Pereira Passos, nos primeiros anos dos 1900¹⁰. Cada uma dessas etapas pretendeu, tanto quanto possível, apagar, soterrar, esquecer a intervenção do passado¹¹.

Um século depois, durante as obras de revitalização da região portuária do Rio de Janeiro, em 2011, o Cais finalmente firmou-se como lugar de memória¹². Não sem disputa política. Com as escavações que dariam lugar ao Porto Maravilha¹³, vários artefatos foram encontrados: jogos de búzios, amuletos, colares e calçados¹⁴. Nesse processo, a obrigatoriedade de acompanhamento das escavações por equipes de arqueólogos e o ativismo do movimento negro foram dois fatores decisivos¹⁵ para desencadear “regimes de visibilidade”, termo usado pelo filósofo uruguaio Gustavo Verdesio¹⁶. Isto é: “as regras e os protocolos que determinam, fixam no nosso olhar e, por isso, o que vemos e o que não vemos”¹⁷. Em 2012, a Pre-

sobre eles, ornando sua entrada (...). As estátuas de mármore greco-romanas de Marte, Mercúrio, Minerva e Ceres começam a chegar em 1844” (p. 101).

10 Como lembra o historiador Luiz Antônio Simas, a Reforma Pereira Passos foi acompanhada de um Código de Conduta que, assim como o Código Criminal de 1891 que punia a vadiagem como forma ampla, permitindo punir todo ato que tivesse traços de referência à cultura africana, estabeleceu como contravenção andar descalço nas ruas da cidade, que tinha como alvo as práticas, por exemplo, da luta da capoeira. Cf.: *Memórias do Cais do Valongo*. Direção: Antônio Carlos Muricy e codireção de Carlo Alexandre Teixeira. Cor. 29 minutos. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EAQranIgyA>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

11 LIMA, T. A.; SENE, G. M.; e SOUZA, M. A. T. de. Em busca do Cais do Valongo, Rio de Janeiro, século XIX. *Anais Do Museu Paulista: História E Cultura Material*, 24(1), 2016, p. 301. <https://doi.org/10.1590/1982-02672016v24n0111>.

12 ANDRADE, Vanessa de Araújo *O porto da memória: Cais do Valongo, região portuária do Rio de Janeiro e a memória da escravidão nas reformas Pereira Passos e olímpica*. 173 f. Dissertação (mestrado) – Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, Programa de Pós-Graduação em História, Política e Bens Culturais. Rio de Janeiro, 2020, p. 28.

13 Para uma crítica a partir do olhar de Walter Benjamin sobre a acriticidade que acompanha o palimpsesto urbano do que hoje é a região portuária do Rio de Janeiro, o Porto Maravilha, Cf.: AZEVEDO, Fatima Gabriela Soares de. A cidade através do olhar metodológico de Benjamin. Em: *Direto e Praxis*, v. 11, n. 3, 2020, p. 2018-2046. “O Museu do Amanhã é uma imagem ilustrativa, pois em si sintetiza a crítica benjaminiana – foi construído, no bojo da reforma urbana carioca do século XXI, sobre lugar de memória da escravidão. O novo museu não fala de ontem, não pensa no país racista que tem maioria negra hoje (...).” A essa história o Museu do Amanhã não se dedica. É preciso escavá-lo para revelar toda a memória que repousa abaixo da sua ode ao futuro (p. 2033).

14 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Cais do Valongo: dossiê aborda importância histórica do sítio arqueológico*. 29 de abril de 2016b. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/3566/cais-do-valongo-dossie-aborda-importancia-historica-do-sitio-arqueologico>. Acesso em: 8 de jul. de 2023.

15 ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 28.

16 VERDESIO, *Op. Cit.*, p. 343.

17 *Idem*.

feitura da cidade “acatou a sugestão das Organizações dos Movimentos Negros” e reconheceu o espaço como monumento a ser preservado¹⁸.

Na expressão do poeta Heitor dos Prazeres, toda a região que acabou sendo identificada e escolhida¹⁹ como sítio arqueológico é conhecida como “Pequena África”, desde o início do século XX. Antes, no século XIX, Lima Barreto havia denominado o lugar como “Aldeia Africana”²⁰. As expressões representam a força da presença negra nesses espaços: no Cais, na Pedra do Sal, na Gamboa, nos trapiches, no Lazareto e no Cemitério dos Pretos Novos. Nessa perspectiva, o Cais do Valongo “não só representa o principal cais de desembarque de africanos em todas as Américas, como é o único que se preservou materialmente, até onde sabemos, neste lado do Atlântico”²¹. Por essa razão, entendo a “Pequena África” como narrativa da experiência total da escravidão.

“Pela magnitude do que representa, coloca-se como o mais destacado vestígio do tráfico negreiro no continente americano”. Eis uma “contraposição da larga escala monumental do mundo moderno, do progresso e dos mitos, *versus* a pequena escala”²². Os vestígios indicam que os significados das ruínas do Cais do Valongo “transcendem fronteiras raciais, locais, étnicas e até mesmo nacionais”²³. A experiência fenomenológica de quem por lá passou sumiu, mas a arquitetura ficou. Quase dois séculos de sucessivos aterramentos físicos e apagamentos memoriais remete novamente aos “regimes de visibilidade” de Verdesio, indicando um certo “jogo”, que “permite ver certas coisas, mas nos impede de perceber outras”²⁴.

Para Andreas Huyssen, toda teoria da modernidade requer um imaginário sobre suas ruínas²⁵. Se por um lado, a modernidade funda-se em uma narrativa sobre o progresso e nasce anunciando princípios universais de igualdade e de liber-

18 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2016b. *Op. Cit.* A Academia também estava atenta a isso. Quando começaram a escavação [para construção do Porto Maravilha], a Universidade imediatamente disse: ‘Atenção, o Cais do Valongo tá aí embaixo’. E nós redescobrimos o Cais do Valongo...’. Fala de Milton Guran. Minuto 21 e 30 segundos em diante. Em: Memórias do Cais do Valongo. Direção: Antônio Carlos Muricy e codireção de Carlo Alexandre Teixeira. Cor. 29 minutos. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EAQranIgyCA>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

19 VERDESIO, *Op. Cit.*, p. 343.

20 TEIXEIRA, Carlo Alexandre (Org.). Vários autores. *Rodas dos saberes do Cais do Valongo*. Niterói: Kabula Artes e Projetos, 2015, p. 21.

21 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2016a. *Op. Cit.*, p. 13.

22 BUENO, André. A pequena escala. Em: *A vida negada e outros estudos*. Rio de Janeiro: Letras, 2013, p. 66.

23 VERDESIO, *Op. Cit.*, p. 344.

24 VERDESIO, *Op. Cit.*, p. 347.

25 PRESNER, Todd Samuel. Hegel’s Philosophy of World History via Sebald’s Imaginary of Ruins: A Contrapuntal Critique of the “New Space” of Modernity, in HELL, Julia. SCHÖNLE, Andreas (ed.). *Ruins of Modernity*. Durham and London: Duke University Press, 2010, p. 194.

dade, de outro, favorece o desenvolvimento de novas formas de controle social, de instrumentos de subjugação e de destruição em massa, como a escravidão²⁶. Huysen explica que esse aspecto dúbio do imaginário das ruínas representa as “dúvidas temporais e espaciais que a modernidade sempre teve sobre si mesma”²⁷.

A Pequena África era o coração do Rio de Janeiro em termos de produtividade e de riqueza populacional. Esse local inseria-se em um sistema no qual “toda economia do Império estava diretamente ligada e desfrutava do tráfico negreiro”²⁸. Nessa perspectiva, para além de um testamento sobre o progresso moderno, o Valongo representa, ao mesmo tempo, parte desse “lado obscuro da modernidade”²⁹ e uma verdade negativa do mundo moderno³⁰. A estrutura escravocrata no Brasil produziu, em imensa e similar escala, riqueza e destruição. Enquanto vestígio dessa estrutura, o Cais do Valongo atrai-me enquanto lugar de “novas explorações e de produção de novos sentidos”³¹.

Cristiano Paixão toma como ponto de partida a centralidade das ruínas urbanas para investigar a obra de W. G. Sebald, autor alemão memorialístico do pós-guerra. Um dos recursos mais explorados por Sebald é o fato de seus narradores e personagens “viajarem por paisagens urbanas supersaturadas em seus passados”³². Nesses lugares, os personagens costumam divagar sobre como a humanidade vê e reconstrói o passado. No contexto das grandes destruições do século XX, tema mais recorrente para o autor, “esses componentes de memória estão ligados a traumas, violações de direitos humanos e à repressão de regimes autoritários e totalitários”³³.

Fui até os “Anéis de Saturno” (Sebald, 2010), cujo título mesmo remete à presença dos fragmentos de uma destruição, para ilustrar o que Cristiano Paixão nota: a partir das mudanças físicas das paisagens urbanas, é possível “vislumbrar as decisões tomadas ao longo do tempo pelos agentes responsáveis pela cidade”, notadamente “decisões políticas” (Paixão, 2022, p. 349). Um dos personagens de Anéis de Saturno é Joseph Conrad, cuja narrativa em “O coração das trevas” trata dos horrores da colonização. Sebald afirma “em toda história do colonialismo, grande

26 *Idem.*

27 HUYSSEN, *Op. Cit.*, p. 99.

28 GURAN, Da candidatura do Cais do Valongo a Patrimônio Mundial e de seus desdobramentos. Em: HONORATO, Cezar; OLIVEIRA JÚNIOR, Alcidesio de (Orgs.) *Portos e cidades portuárias em questão*. Niterói: Polis UFF, 2020, p. 252-259.

29 HUYSSEN, *Op. Cit.*, p. 63.

30 BUENO, *Op. Cit.*, p. 99.

31 PAIXÃO, *Op. Cit.*, p. 348.

32 PAIXÃO, *Op. Cit.*, p. 349.

33 *Idem.*

parte da qual ainda não foi escrita, é difícil haver um capítulo mais sombrio que o do chamado desbravamento do Congo”³⁴.

Em um episódio no qual Conrad visita a Bélgica, Sebald narra que ele se deparou “com uma sepultura erguida sobre uma hecatombe de corpos negros”³⁵. Na verdade, Presner recorda que o próprio “coração das trevas” começa com Marlow refletindo sobre a expansão marítima e o projeto imperial. A observar o Tâmesa, Marlow afirma que seu estuário “estendia-se diante de nós como o início de um canal interminável” (...) um curso d’água que levava [durante séculos] aos mais distantes confins da Terra³⁶.

Todd Samuel Presner lembra de outro lugar central, ilustrativo do espaço-tempo colonial para Sebald, em “Austerlitz” (2008): a estação central de trem da Antuérpia. Na estação, seu personagem observa o “poderoso relógio com um ponteiro de um metro e oitenta de comprimento enegrecido pela fuligem da ferrovia e pela fumaça do tabaco”³⁷. “Como produto do empreendimento colonial”³⁸, a estação representa, simultaneamente, a temporalidade da colonização e o espaço de circulação da riqueza – o novo tempo da modernidade inseparável do novo espaço moderno, o espaço colonial³⁹. Sobre isso, Sebald conclui eloquentemente em “Anéis de Saturno” (2010) que “o capital acumulado nos séculos XVIII e XIX através das várias formas de economia escravocrata ainda está em circulação (...) cresce e multiplica-se, por conta própria”^{40,41}.

Nessa primeira parte, argumentei que o Cais do Valongo representa as ruínas de uma narrativa moderna que tem a ver com a expansão e o progresso, com uma “missão civilizatória nas Américas”. Mas, de outro lado, espelha o espaço da colonização e da estrutura escravocrata atlântica. Como Presner observa nessa “pilha de ruínas”⁴² de Sebald, o espaço é dotado com camadas de tempo, o que revela a sincronia daquilo que não é sincrônico e a contiguidade daquilo que não é contíguo⁴³.

34 SEBALD, *Op. Cit.*, p. 123.

35 SEBALD, *Op. Cit.*, p. 127.

36 CONRAD, Joseph. *No coração das trevas*. Trad. José Roberto O’Shea. São Paulo: Hedra, 2008, p. 17-18.

37 PRESNER, *Op. Cit.*, p. 197.

38 *Idem*.

39 PRESNER, *Op. Cit.*, p. 208.

40 SEBALD, *Op. Cit.*, p. 123.

41 Paixão (2022, p. 351) lembra que outro ponto central das narrativas de Sebald é a relação entre ruínas, arquitetura e capitalismo.

42 PAIXÃO, *Op. Cit.*, p. 353.

43 PRESNER, *Op. Cit.*, p. 204.

3. RUÍNAS DO VALONGO: PEQUENA ESCALA DO GRANDE PACTO ESCRAVISTA

Meu argumento é o de que o Cais do Valongo pode representar temporal, espacial e visualmente uma “totalidade aberta” do sofisticado sistema escravista do século XIX. Por “totalidade aberta”⁴⁴, quero dizer que as articulações entre “diferentes regiões do planeta [que], mesmo não correspondendo à totalidade do globo, nem à totalidade das práticas, nem à totalidade dos tempos, encerra em si uma totalidade no sentido do todo integrado”⁴⁵. Vejo como uma possível vantagem de pesquisa colocar o Valongo no centro de um estudo sobre “fragmentos do globo integrados por meio de laços diversos”⁴⁶, para uma história sobre a multiplicidade temporal, espacial e visual da escravidão no Brasil de 1800.

Tomando, como ponto de partida, a ideia de que há um “condicionamento mútuo”, uma “comparação incorporada”⁴⁷ entre parte (o cais, em diferentes contextos) e o todo (o sistema escravista). Essa perspectiva para analisar a história da escravidão rechaça, por exemplo, a separação entre tempo e espaço, tomando as duas categorias como “unidade histórica” – como é o caso do Atlântico. Isso permite-me estudar “múltiplos tempos da escravidão”, a partir do “desenvolvimento sincrônico de arranjos distintos, isto é, da combinação “local e transnacional”⁴⁸.

A vantagem heurística de olhar para “lugares da escravidão”⁴⁹ enquanto unidade de análise já foi apresentada em outra obra de Rafael de Bivar Marquese (2010). Em “o Vale do Paraíba cafeeiro e o regime visual da segunda escravidão”, Marquese toma um local específico, a Fazenda Resgate, no município de Bananal, em São Paulo como unidade de observação. A partir da análise da Fazenda, o historiador consegue expandir sua observação, ao mesmo tempo, até: uma ruptura com os padrões produtivos anteriores da escravidão, com as grandes plantações de café; uma relação local-global com as fazendas cubanas e do baixo vale do rio Mississipi, nos

44 MARQUESE, Rafael de Bivar. A história global da escravidão atlântica: balanço e perspectivas. Em: *Esboços: histórias em contextos globais*. V. 26, n. 41, 2019, p. 14-41. <https://doi.org/10.5007/2175-7976.2019v26n41p14>, p. 16 e ss.

45 MARQUESE, *Op. Cit.*, p. 17.

46 *Idem*.

47 MARQUESE, *Op. Cit.*, p. 30.

48 MARQUESE, *Op. Cit.*, p. 31.

49 Nessa toada, já a respeito, entre outros, de “lugares de memória da escravidão”, o próprio Cais do Valongo, Cf: MORAES, Renata Figueiredo. A escravidão e seus locais de memória – O Rio de Janeiro e suas “maravilhas”. Em: *Odeere: revista do programa de pós-graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade – UESB*. ISSN 2525- 4715, Ano 1, número 2, volume 1, Julho – Dezembro de 2016; e MATTOS, Hebe et al. Por uma história pública dos africanos escravizados no Brasil. Em: *Est. Hist.*, Rio de Janeiro, vol. 27, n° 54, p. 255-273, julho-dezembro de 2014.

Estados Unidos; um regime visual próprio, ou seja, os protocolos de “visibilidade e [de] invisibilidade”⁵⁰, as regras de circulação de senhores e de escravos, de administração do trabalho e sociais, que regiam as hierarquias de raça, de gênero e de classe.

Numa primeira articulação entre tempo, espaço e regime visual⁵¹, o Cais do Valongo tornou-se o principal porto do Rio de Janeiro no fim do século XVIII. Entre 1791 e 1807, 160 mil cativos desembarcaram no Valongo⁵². A região inteira, desde a atracagem dos navios, da gestão dos vivos (vendidos), enfermos (no Lazareto) e dos mortos (no cemitério dos Pretos Novos), até as atividades comerciais e culturais ali desenvolvidas, tornou-se o centro do sistema escravagista da cidade⁵³. Na virada do século, a cidade já poderia ser considerada “global porque escravista”, para usar o termo de Ynaê Lopes dos Santos (2020). O Rio de Janeiro se tornou a cidade mais escravista das Américas, passando a ser chamada, por fruto da experiência visual, de “coração da África”⁵⁴.

O Cais do Valongo experimentou nas primeiras décadas do século XIX o seu apogeu. “O aumento percentual do desembarque do Valongo estava atrelado à nova função que a cidade do Rio de Janeiro passou a exercer no quadro mais amplo do Império lusitano”⁵⁵. O cais de pedra, cujos vestígios encontrados em 2011 simbolizam o “único vestígio material conhecido do desembarque dos africanos

50 MARQUESE, Rafael de Bivar. O Vale do Paraíba cafeeiro e o regime visual da segunda escravidão: o caso da fazenda Resgate. Em: *Anais Do Museu Paulista: História E Cultura Material*, 18(1), 2010, p. 83-128. <https://doi.org/10.1590/S0101-47142010000100004>, p. 86.

51 VERDESIO, *Op. Cit.* MARQUESE, *Op. Cit.*

52 SANTOS. SANTOS, Ynaê Lopes dos. Global porque escravista: uma análise das dinâmicas urbanas do Rio de Janeiro entre 1790 e 1815. Em: *Almanack*, n. 24, 2020, p. 1-31. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2236-463324ed00519>. Acesso em: 9 de jul. de 2023, p. 1/14/25. Ynaê Lopes dos Santos (2020, p. 14-15) lembra que um comerciante inglês, John Luccock, aproveitando o contexto de abertura dos portos, veio ao Brasil para fazer negócios e acabou fazendo um relato sobre sua passagem em “Notas sobre o Rio de Janeiro e partes Meridionais do Brasil”. Luccock observou durante uma década a dinâmica urbana da escravidão, inclusive, na virada do século, relatou o surgimento de uma nova “classe social”: “Mas o afluxo de estrangeiros e a multiplicação de necessidades, dentro em pouco, elevaram o valor do trabalho, em grau extravagante. Deu isso motivo a que surgisse nova classe social, composta pelas pessoas que compravam escravos para o fim especial de instruí-los nalguma arte útil ou ofício, vendendo-os em seguida, por preço elevado, ou alugando seus talentos e trabalhos”. Igualmente visual, chocante, é o relato de G. W. Freireyss, viajante alemão que, ao passear pelo cais no início dos anos 1900, impressionou-se com “o comércio de gente, praticado sem nenhum pudor e em plena luz do dia”: “Próximo à rua do Valongo está o cemitério dos que escapam para sempre da escravidão”. Cf.: PEREIRA, Júlio César Medeiros da Silva. Revisitando o Valongo: mercado de almas, lazareto e cemitério de africanos no portal do atlântico: a cidade do Rio de Janeiro, no século XIX. Em: *Revista de História Comparada*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p 218-243, 2013.

53 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2016a. *Op. Cit.*, p. 15.

54 Cf. NR 51.

55 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 17.

escravizados”⁵⁶, somente foi construído em 1811, ainda que o local tenha servido de “porta de entrada” exclusiva dos cativos entre 1774 e 1831 e, depois, seguiu como ponto de desembarque até 1843. No entanto, o recrudescimento do número absoluto de cativos que desembarcaram no porto, bem como o aumento do “valor obtido com a exploração do trabalho deles”⁵⁷ significou mais do que isso.

A Revolução Industrial e a hegemonia britânica no capitalismo global “impuseram aos senhores de escravos nas Américas a necessidade do aumento constante da produtividade de seus cativos, sob o risco de se verem excluídos do mercado mundial”⁵⁸. Sobre esse contexto, Dale Tomich criou a categoria analítica da “segunda escravidão”⁵⁹. A pressão inglesa pela abolição do tráfico de escravizados sobre áreas coloniais escravistas, desde a virada do século XIX, provocou resultados inversos daquele pretendido, por exemplo, no Brasil. A escravidão foi refundada: os centros emergentes escravistas “decidiram” se integrar. Houve, segundo Rafael Marquese e Tâmis Parron, uma “unificação das experiências históricas da República dos Estados Unidos da América, do Império do Brasil e da colônia espanhola de Cuba”⁶⁰.

A partir dessa perspectiva, cada instituição local da escravidão inseriu-se num “sistema-mundo” da escravidão global, enquanto modo de produção do capitalismo. Esse enquadramento conjunto, esse “entrelaçamento de destinos” de Brasil, Cuba e Estados Unidos, deveu-se à totalidade da estrutura escravista “em cada uma de suas ordenações políticas” internas⁶¹, aliada à pressão externa da Grã-Bretanha, que engendrou uma “Internacional Antiescravista” para exercer sua força geopolítica nas Américas.

Esse movimento, principalmente durante as décadas de 1820 e 1830, abalou o sistema político e a forma jurídica da escravidão no Brasil. A Inglaterra aboliu, em 1807, o tráfico de escravos para as posses britânicas e passou a pressionar Portugal e Espanha para que fizessem o mesmo em suas colônias. O Brasil, durante a década seguinte, já elevado a Reino Unido de Portugal e Algarves, deu conta de “manter

56 GURAN, *Op. Cit.*, p. 253.

57 MARQUESE, Rafael de Bivar; PARRON, Tâmis Peixoto. Internacional escravista: a política da Segunda Escravidão. Em: *Topoi*, Rio de Janeiro, 2011, v. 12, n. 23, p. 97-117. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2237-101X012023006>, p. 99.

58 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 99.

59 TOMICH, Dale. Traçando um conceito: a segunda escravidão por Dale Tomich. Entrevista. Em: *Revista Angelus Novus*, USP – Ano X, n. 15, 2019, p. 11-24; MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*; e SALLES, Ricardo. Resenha: A segunda escravidão. Em: *Tempo*, v. 19, n. 35, dez. 2013, <https://doi.org/10.5533/TEM-1980-542X-2013173514>

60 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 98-99.

61 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 99.

o tráfico transatlântico de escravos a contrapelo da pressão britânica, promover o livre comércio total e evitar as perturbações revolucionárias envolvidas na quebra da ordem imperial”⁶². Apesar disso, quando da Independência, em 1822, abriu-se um flanco de pressão internacional privilegiado para a Grã-Bretanha, que “exigiu do imperador do Brasil. D. Pedro I, compromisso efetivo com o encerramento do tráfico”⁶³.

Segundo Ynaê Lopes dos Santos, lembrando de Luiz Felipe de Alencastro, a escolha pela escravidão foi reforçada nos primeiros anos do século XIX e projetada para o futuro⁶⁴. Durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1823, os parlamentares chegaram a propor a “emancipação lenta dos negros”⁶⁵ mas, como a dissolução da Assembleia e com a outorga da Carta de 1824 pelo Imperador, o texto acabou sem qualquer menção à escravidão. Uma espécie de “silêncio imposto”⁶⁶, que selou o pacto “entre Estado-nação e escravidão”⁶⁷. Foi o que Marcos Queiroz chamou de “vida póstuma” da Constituinte de 1823.

Nesse contexto de “internacional antiescravista”, o Rio de Janeiro pode ser tomado como “a escala local da escolha pela manutenção e incremento da escravidão levados a cabo pelas autoridades portuguesas e pela classe senhorial”⁶⁸. Esse regime teve seu maior refluxo quando o Imperador assinou, em 1827, o Tratado Anglo-Brasileiro que determinou o fim do tráfico entre África e Brasil, em três anos⁶⁹. Essa armadilha diplomática rendeu a Dom Pedro I a crise política que culminou em sua abdicação, em 1831.

No que foi considerado um erro político por não negociar sua decisão com as elites⁷⁰, o Imperador acabou ratificando internamente o Tratado e, a partir de

62 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 102.

63 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 103.

64 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 25.

65 MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti, A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão. Em: Grinberg, Keila, Salles, Ricardo (org.), *O Brasil Imperial – Vol. I – 1808-1831*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

66 PAIXÃO, Cristiano. A Assembleia Constituinte de 1823: silenciamento, cidadania e exclusão no Brasil Império. Em: *Anais do Seminário Bicentenário da 1ª Assembleia Constituinte 1823*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023, p. 135-156.

67 QUEIROZ, Marcos. Assembleia Constituinte de 1823 e Revolução Haitiana: o medo da cidadania negra nas relações entre direito, nação e história do Brasil. Em: *Anais do Seminário Bicentenário da 1ª Assembleia Constituinte 1823*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023, p. 36-60.

68 SANTOS, *Op. Cit.*, p. 27.

69 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 103.

70 No contexto político que antecedeu a edição da Lei de 7 de novembro de 1831, conhecida como Lei Feijó, os deputados e senadores que ajudaram o Imperador a romper as relações com Portugal viram-se

então, começava a contar o prazo para que o Brasil abolisse o tráfico de escravos⁷¹. Observada de perto pelos escravocratas, a crise desencadeou uma aceleração das “importações de africanos na segunda metade da década de 1820, algo que expressava com nitidez a concepção coesa de que o tráfico seria efetivamente encerrado em 1830”⁷². Na década de 1820-1830, em todos os anos, o Cais do Valongo recebeu não menos do que 20.000 cativos⁷³.

O Parlamento fortalecido com a abdicação do Imperador, que aconteceu em abril, aprovou a Lei Feijó, em 7 de novembro⁷⁴. A Lei previu que nenhum africano escravizado poderia ingressar no país a partir de sua entrada em vigor. Os que desembarcassem no Brasil ao arrepio dessa regra deveriam receber a liberdade. “O país que mais traficava no mundo agora era o mais radical na hora de combater esse tráfico”⁷⁵. “Na letra da lei, portanto, os fazendeiros que adquirissem africanos no trato transatlântico ficariam expostos a severas punições”⁷⁶. A intenção, de fato, era a de acabar com o tráfico transatlântico. Entre 1831 e 1834, os desembarques “desabaram para o menor nível desde os fins do século XVII”⁷⁷.

traídos. Eles mesmos, grandes proprietários de escravos, dependiam dessa estrutura e tinham de reproduzi-la. “Escravistas até o núcleo da medula”, para usar a expressão de Tâmis Parron, os parlamentares forçaram a indicação do Marquês de Barbacena à frente do gabinete de ministros. Nomeado com bastante prestígio nas Casas Legislativas, Caldeira Brant foi demitido pouco tempo depois, em 1830, por Dom Pedro I. Cf.: PROJETO QUERINO. Transcrição do Podcast: episódio 2: *O pecado original*. Disponível em: https://projetoquerino.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Ep-02_O-pecado-original_Querino-1.pdf

71 PROJETO QUERINO. Transcrição do Podcast: episódio 2: *O pecado original*. Disponível em: https://projetoquerino.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Ep-02_O-pecado-original_Querino-1.pdf

72 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 103.

73 Esses dados são obtidos do cruzamento das pesquisas de Ynaê Lopes dos Santos já referenciada (Cf.: SANTOS, Ynaê Lopes dos. Global porque escravista: uma análise das dinâmicas urbanas do Rio de Janeiro entre 1790 e 1815. Em: *Almanack*, n. 24, 2020, p. 1-31. [Acessado 12 Julho 2023], ed00519. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2236-463324ed00519>) e da dissertação de Cláudio de Paula Honorato, no Programa de Pós-graduação em História da Universidade Federal Fluminense, principalmente da Tabela 6 – “estimativa de africanos desembarcados no porto do Rio de Janeiro e número de indivíduos na Casa da Câmara 1811-1826” p. 120 e ss. Cf.: HONORATO, Cláudio de Paula. *Valongo: o mercado de escravos do Rio de Janeiro, 1758-1831*. 166 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, Niterói, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.historia.uff.br/stricto/teses/Dissert-2008_HONORATO_Claudio_de_Paula-S.pdf. Acesso em: 12 de jul. de 2023.

74 Tâmis Parron argumenta que a lei é fruto de um “espírito inflamado”. “Mas como um país escravista fez uma lei nesses termos?” A lei foi feita num dos momentos mais radicais da história política brasileira. O imperador, o Dom Pedro I, tinha acabado de cair. As ruas estavam agitadas. O parlamento, inquieto. E a imprensa andava cheia de ideias novas, chegando a propor imposto sobre propriedade rural, chegando a propor o fim da escravidão, chegando até a contemplar votos para as mulheres, o que na época também era bastante polêmico (Projeto Querino *a*, 2022, p. 16).

75 PROJETO QUERINO. *Op. Cit.*, p. 16.

76 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 103.

77 *Idem*.

A desativação do Cais do Valongo poderia, nessa perspectiva, representar espacial, temporal e visualmente o fim do tráfico formal de escravos no Brasil. No entanto, o que de fato representou a inativação do porto “legal” de cativos? A reabertura do tráfico negreiro, a partir de 1835, na forma de contrabando, portanto, contra a Lei Feijó. A primeira consequência disso é a dispersão de “portos de saída e os portos de chegada”⁷⁸. Há, nesse contexto, uma dispersão de portos pela costa africana e pelo litoral brasileiro. Os “portos legais”, como o Cais do Valongo, deixam de existir de fato. Mesmo assim, “o comércio interprovincial de cativos seguiu alimentando a entrada de africanos, já não mais novos na terra e, nessa área da cidade, muitos passaram a se encontrar e a viver”⁷⁹.

O segundo efeito foi a reação institucional dos pró-escravistas. Uma ampla coalizão de políticos e grandes proprietários de escravos passou a “advogar pura e simplesmente a anulação da lei de 1831”⁸⁰. Em sessão do Senado Imperial de 30 de junho de 1837, o Marquês de Barbacena vaticinou que “seis anos de experiência da Lei de 7 de novembro de 1831, bem longe de pôr um termo final ao tráfico da escravatura [...] parece que, pelo contrário, foi poderoso estímulo para dar energia, desteridade e fortuna”⁸¹ à uma nova classe social – os contrabandistas de escravos. Os grandes cafeicultores do Vale do Paraíba e os membros do Regresso Conservador (posteriormente conhecidos como Saquaremas), ao mesmo tempo que fizeram pressão para anulação da lei, receberam licença para escravizar ilegalmente⁸².

Os partidários da escravidão e do tráfico de escravos foram capazes de engendrar, entre 1830-1850 um “quadro institucional” bastante sofisticado, sólido e duradouro: a política da escravidão⁸³. Esse arranjo político foi, para Tâmis Parron, “tão importante quanto um pacto constitucional”⁸⁴, porque demonstrava não somente a agência do Estado na manutenção, financiamento e aprofundamento do capital escravista, como meio de desenvolvimento econômico, mas também a participação do próprio corpo político nessa prática ilegal que durou longas duas décadas⁸⁵.

78 PROJETO QUERINO. *Op. Cit.*, p. 22.

79 INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL, 2016a. *Op. Cit.*, p. 101.

80 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 103.

81 Apud. CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 73.

82 PROJETO QUERINO. *Op. Cit.*, p. 18; e MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 103.

83 PROJETO QUERINO. *Op. Cit.*, p. 19.

84 *Idem.*

85 *Idem.*

Inclusive, o eixo do poder decisório foi deslocado do Imperador para o Legislativo, “percebido como instância representativa dos interesses de uma sociedade plenamente escravista”⁸⁶. Essa afirmação de uma nação escravista não estava isolada nas relações exteriores⁸⁷. Carneiro Leão, deputado saquarema e cafeicultor no Vale do Paraíba, sugeriu, em sessão de 17 de julho de 1839, que a perseguição de abolicionistas nos EUA fosse replicada no Brasil⁸⁸.

Luiz Felipe Alencastro chamou o grande pacto pelo contrabando de “pecado original” da ordem jurídica brasileira⁸⁹. O “caráter local, nacional, das normas e das leis levava à refundação da escravidão no quadro do direito moderno e da contemporaneidade”⁹⁰. Por ser ilegal, segundo a régua da própria legislação, o contrabando precisou se legitimar, e se legitimou justamente por conta desse pacto velado: os proprietários apoiavam os políticos e vice-versa⁹¹. Como instituição total, “a escravidão não era só um ativo econômico”, era “compartilhada por boa parte da sociedade. Aqueles que não eram senhores de escravos queriam ser”⁹².

Na década de 1840, o Cais do Valongo foi transformado em Cais da Imperatriz, sob o pretexto de receber a segunda consorte do Imperador. O objetivo era o de reocupar aquela área, aterrando espacial, social e culturalmente a “Pequena África”. A grande massa dos cativos que chegou ao Brasil na década estava dispersa em portos no centro-sul. A centralidade do regime escravocrata passou a ser os grandes cafezais do Vale do Paraíba. O “trânsito interprovincial de escravos articulou-se rapidamente após o fechamento do tráfico transatlântico ilegal”⁹³.

Enquanto o contrabando ilegal permaneceu, a história da “Pequena África” foi sendo silenciada. Durante todo o grande pacto, “o Cais do Valongo foi submetido a um processo de soterramento material e simbólico, às necropolíticas das

86 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 104.

87 Em 1840, John Callouhn, líder escravagista do sul, fez passar uma moção no Senado, por unanimidade, que afirmava que, para o Congresso estadunidense, não haveria diferença entre esta [propriedade escrava] e qualquer outro tipo de propriedade”

88 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 105.

89 ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira. Em: *Novos Estudos*, n. 87, julho de 2010, p. 5-11.

90 ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *A desmemória e o recalque do crime na política brasileira*. Instituto Moreira Salles, 2007. Disponível em: <https://artepensamento.ims.com.br/item/a-desmemoria-e-o-recalque-do-crime-na-politica-brasileira/>. Acesso em: 7 de jul. de 2023.

91 PROJETO QUERINO. *Op. Cit.*, p. 22.

92 PROJETO QUERINO. *Op. Cit.*, p. 23.

93 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 108.

memórias negras sobre a escravidão e das heranças e marcas africanas⁹⁴. A resistência, no entanto, para além das ruínas do Valongo que ficaram, continuou marcando aquele espaço da cidade, o entorno do cais, com o fim do tráfico ilegal, com a Lei Eusébio de Queirós, de 1850, até a abolição, em 1888.

A Grã-Bretanha empreendeu ataques ao centro do poder imperial, no Rio de Janeiro, por meio da chamada “pressão naval direta”⁹⁵. Em 1845, o Parlamento inglês aprovou a lei que passou a considerar o tráfico marítimo de cativos como pirataria e permitiu que a marinha imperial apreendesse os navios piratas, a *Bill Aberdeen*⁹⁶. Houve um alinhamento de navios ingleses no porto do Rio de Janeiro e somente navios destinados à Europa puderam atravessar, um bloqueio naval. “Em 1849 e 50, a Grã-Bretanha já tinha tomado, ou destruído, pelo menos, dez navios brasileiros”⁹⁷. O perigo permanente de guerra com a maior potência da época fez com que o Brasil declarasse guerra, finalmente, contra o tráfico ilegal de escravos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse texto, propus analisar a instituição total da escravidão no Brasil, durante o século XIX, a partir das ruínas do Cais do Valongo. Argumentei que o porto que mais recebeu africanos escravizados no mundo representa uma verdadeira ruína da modernidade.

Comumente relacionada à uma noção teleológica de progresso, a modernidade revela também um lado oculto, que pode ser visitado por seus vestígios enquanto representação do controle estatal, dos sucessivos desastres do sistema-mundo capitalista e de crimes contra a humanidade.

Em seguida, analisei, sob as perspectivas temporal, espacial e visual o que o Valongo representou na segunda escravidão e no pacto nacional, “pecado original fundador da sociedade e da ordem jurídica brasileira”⁹⁸, que sustentou interna e externamente um sofisticado sistema de tráfico ilegal de cativos, com reflexos até a abolição em 1888.

94 PAZ, Francisco Phelipe Cunha. *Na Casa de Ajalá: comunidades negras, patrimônio e memória contracolonial no Cais do Valongo: a “Pequena África”*. 2019. 229 f., il. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019, p. 142.

95 MARQUESE; PARRON, *Op. Cit.*, p. 107.

96 PROJETO QUERINO. Podcast. Episódio 8: *Democracia*. Agosto, 2022. Disponível em: <https://projetoquerino.com.br/podcast-item/democracia/>. A transcrição está disponível em: https://projetoquerino.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Ep-08_Democracia_Querino-1.pdf.

97 Idem.

98 ALENCASTRO, *Op. Cit.*

Acredito que a abertura do texto se dá nesse contexto de ativação da memória com as escavações de “redescoberta” do Valongo, bem como de retomada contemporânea das obras de preservação do conjunto arqueológico da “Pequena África”. Justamente porque significados sobre a história do Cais e do que ele representará daqui em diante estão em aberto. Em entrevista no dia 9 de março de 2023, a Ministra da Igualdade Racial, Anielle Franco, “explicou que um museu que deve ser erguido na região não vai ser chamado Museu da Escravidão”⁹⁹ (G1, 2023). Para Anielle Franco, é um lugar “do povo preto, de memória e reparação”. Na mesma ocasião, a Ministra da Cultura, Margareth Menezes, contou que o memorial terá o propósito de “trazer respeito a memória, respeito a história do povo afro-brasileiro a partir do Rio de Janeiro” (G1, 2023)¹⁰⁰.

99 G1. Anielle Franco diz que museu do Cais do Valongo não será ‘da escravidão’ e que nome ainda será decidido. 9 de março de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/03/09/margareth-menezes-anielle-franco-e-janja-visitam-o-cais-do-valongo-no-rio.ghtml>. Acesso em: 7 de jul. de 2023.

100 Idem.

REFERÊNCIAS

- FIGURA 1 - Roda de Capoeira do Cais do Valongo. Foto: Maria Buzanovsky. 2013
- FIGURA 2 - Friedrich Pustkow. Cais da Imperatriz, c. 1850. FERREZ, Gilberto. Iconografia do Rio de Janeiro, 1530-1890. Catálogo Analítico, v.II. Rio de Janeiro: Casa Jorge Editorial, p.189.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. O pecado original da sociedade e da ordem jurídica brasileira. Em: *Novos Estudos*, n. 87, julho de 2010, p. 5-11.
- ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *A desmemória e o recalque do crime na política brasileira*. Instituto Moreira Salles, 2007. Disponível em: <https://artepensamento.ims.com.br/item/a-desmemoria-e-o-recalque-do-crime-na-politica-brasileira/>. Acesso em: 7 de jul. de 2023.
- ANDRADE, Vanessa de Araújo *O porto da memória: Cais do Valongo, região portuária do Rio de Janeiro e a memória da escravidão nas reformas Pereira Passos e olímpica*. 173 f. Dissertação (mestrado) – Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, Programa de Pós-Graduação em História, Política e Bens Culturais. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.
- BUENO, André. A pequena escala. Em: *A vida negada e outros estudos*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2013, p. 63-94.
- CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- CONRAD, Joseph. *No coração das trevas*. Trad. José Roberto O’Shea. São Paulo: Hedra, 2008.
- G1. Anielle Franco diz que museu do Cais do Valongo não será ‘da escravidão’ e que nome ainda será decidido. 9 de março de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/03/09/margareth-menezes-anielle-franco-e-janja-visitam-o-cais-do-valongo-no-rio.ghtml>. Acesso em: 7 de jul. de 2023.
- GURAN, Da candidatura do Cais do Valongo a Patrimônio Mundial e de seus desdobramentos. Em: HONORATO, Cezar; OLIVEIRA JÚNIOR, Alcidesio de (Orgs.) *Portos e cidades portuárias em questão*. Niterói: Polis UFF, 2020, p. 252-259.
- HONORATO, Cláudio de Paula. Valongo: O mercado de escravos do Rio de Janeiro, 1758-1831. 166 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2008.
- HUYSEN, Andreas. A nostalgia das ruínas, em *Culturas do passado-presente – modernismos, artes visuais, políticas da memória*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto e Museu de Arte do Rio, 2014, p. 91-114.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Sítio Arqueológico Cais do Valongo. Proposta de inscrição na lista do patrimônio mundial*. Janeiro, 2016^a. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Dossie_Cais_do_Valongo_ver-sao_Portugues.pdf. Acesso em: 8 de jul. de 2023.
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Cais do Valongo: dossiê aborda importância histórica do sítio arqueológico*. 29 de abril de 2016b. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/3566/cais-do-valongo-dossie-aborda-importancia-historica-do-sitio-arqueologico>. Acesso em: 8 de jul. de 2023.

LIMA, T. A.; SENE, G. M.; e SOUZA, M. A. T. de. Em busca do Cais do Valongo, Rio de Janeiro, século XIX. *Anais Do Museu Paulista: História E Cultura Material*, 24(1), 2016, p. 299-391. <https://doi.org/10.1590/1982-02672016v24n0111>.

MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti, A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão, in: Grinberg, Keila, Salles, Ricardo (org.), *O Brasil Imperial – Vol. I – 1808-1831*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

MARQUESE, Rafael de Bivar. O Vale do Paraíba cafeeiro e o regime visual da segunda escravidão: o caso da fazenda Resgate. Em: *Anais Do Museu Paulista: História E Cultura Material*, 18(1), 2010, p. 83-128. <https://doi.org/10.1590/S0101-47142010000100004>

MARQUESE, Rafael de Bivar. A história global da escravidão atlântica: balanço e perspectivas. Em: *Esboços: histórias em contextos globais*. V. 26, n. 41, 2019, p. 14-41. <https://doi.org/10.5007/2175-7976.2019v26n41p14>.

MARQUESE, Rafael de Bivar; PARRON, Tâmis Peixoto. Internacional escravista: a política da Segunda Escravidão. Em: *Topoi*, Rio de Janeiro, 2011, v. 12, n. 23, p. 97-117. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2237-101X012023006>>.

MEMÓRIAS do Cais do Valongo. Direção: Antonio Carlos Muricy e co-direção de Carlo Alexandre Teixeira. Cor. 29 minutos. 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EAQranIgyCA>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

PAIXÃO, Cristiano. Temporalities of Law: Ruins, Urban Palimpsests, and War Crimes in W.G. Sebald's Literary Project. In: *LawArt: Rivista di Diritto, Arte, Storia Journal of Law, Art and History*, 3, 2022, p. 319-362. <https://doi.org/10.17473/LawArt-2022-3-13>.

PAIXÃO, Cristiano. A Assembleia Constituinte de 1823: silenciamento, cidadania e exclusão no Brasil Império. Em: *Anais do Seminário Bicentenário da 1ª Assembleia Constituinte 1823*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023, p. 135-156.

PAZ, Francisco Phelipe Cunha. *Na Casa de Ajalá: comunidades negras, patrimônio e memória contra-colonial no Cais do Valongo: a “Pequena África”*. 2019. 229 f., il. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

PRESNER, Todd Samuel. Hegel's Philosophy of World History via Sebald's Imaginary of Ruins: A Contrapuntal Critique of the “New Space” of Modernity, in HELL, Julia. SCHÖNLE, Andreas (ed.). *Ruins of Modernity*. Durham and London: Duke University Press, 2010, p. 193-211.

PROJETO QUERINO^a. Podcast. Episódio 2: *O pecado original*. Agosto, 2022. Disponível em: <https://projetoquerino.com.br/podcast-item/o-pecado-original/>. A transcrição está disponível em: https://projetoquerino.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Ep-02_O-pecado-original_Querino-1.pdf.

PROJETO QUERINO^b. Podcast. Episódio 8: *Democracia*. Agosto, 2022. Disponível em: <https://projetoquerino.com.br/podcast-item/democracia/>. A transcrição está disponível em: https://projetoquerino.com.br/wp-content/uploads/2022/07/Ep-08_Democracia_Querino-1.pdf.

QUEIROZ, Marcos. Assembleia Constituinte de 1823 e Revolução Haitiana: o medo da cidadania negra nas relações entre direito, nação e história do Brasil. Em: *Anais do Seminário Bicentenário*

da 1ª Assembleia Constituinte 1823. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023, p. 36-60.

SANTOS, Ynaê Lopes dos. Global porque escravista: uma análise das dinâmicas urbanas do Rio de Janeiro entre 1790 e 1815. Em: *Almanack*, n. 24, 2020, p. 1-31. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2236-463324ed00519>. Acesso em: 9 de jul. de 2023.

SALLES, Ricardo. Resenha: A segunda escravidão. Em: *Tempo*, v. 19, n. 35, dez. 2013, <https://doi.org/10.5533/TEM-1980-542X-2013173514>

SEBALD, W.G. *Os anéis de Saturno: uma peregrinação inglesa*. Trad. José Marcos Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TEIXEIRA, Carlo Alexandre (Org.). Vários autores. *Rodas dos saberes do Cais do Valongo*. Niterói: Kabula Artes e Projetos, 2015, p. 21.

TOMICH, Dale. *Pelo prisma da escravidão. Trabalho, Capital e Economia Mundial*. São Paulo: Edusp, 2011.

TOMICH, Dale. Traçando um conceito: a segunda escravidão por Dale Tomich. Entrevista. Em: *Revista Angelus Novus*, USP – Ano X, n. 15, 2019, p. 11-24.

VERDESIO, Gustavo. Invisible at a glance: indigenous cultures of the past, ruins, archeological sites, and our regimes of visibility, in HELL, Julia. SCHÖNLE, Andreas (ed.). *Ruins of Modernity*. Durham and London: Duke University Press, 2010, p. 339-353.

A ARBITRAGEM NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS

ARBITRATION IN THE COMPANY RECOVERY PROCESS

Victoria Sousa Cagliari Hernandez¹

Yasmim Beatriz Silveira Santos²

RESUMO: O objetivo deste artigo científico é analisar as nuances da arbitragem no processo de recuperação de empresas sob a perspectiva doutrinária e entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao tema. Além disso, buscou-se abordar também as atualizações trazidas pela Lei nº 14.112/2020, que fortaleceu ainda mais a utilização da arbitragem na recuperação das empresas e dirimiu a controvérsia sobre o antigo conflito de competência entre os Tribunais Arbitrais e o sistema de justiça. Por fim, a metodologia utilizada para este trabalho é de natureza qualitativa, com fontes doutrinárias e jurisprudenciais, pesquisas de estudos já realizados sobre este tema e utilização de revisão bibliográfica, verificando-se a competência do Tribunal Arbitral e os limites dessa atuação.

Palavras-chave: arbitragem; recuperação judicial; conflito de competência; recuperação das empresas.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze the nuances of arbitration in the company recovery process from the doctrinal perspective and current understanding of the Superior Court of Justice (STJ) regarding the subject. In addition, it also sought to address the updates brought by Law No 14.112/2020. Finally, the methodology used is qualitative in nature, with doctrinal and jurisprudential sources, research studies already carried out on this topic and use of bibliographic review, verifying the competence of the Arbitral Tribunal and the limits of this action.

Keywords: arbitration; judicial recovery; conflict of competence; company recovery.

1 Bacharela em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialização em International Development pela Centennial College Advogada na área de Advocacy do escritório MJ Alves e Burle Advogados. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas (CJA). E-mail: vhcagliari@gmail.com. O trabalho é inédito.

2 Pós-graduada em Direito Tributário pela UNINTER. Bacharela em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogada da área de Contencioso Tributário do escritório MJ Alves e Burle Advogados. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas (CJA). E-mail: yasmimbeatrizadv@gmail.com. O trabalho é inédito.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da recuperação judicial da empresa, regulado em 2005 a partir do advento da Lei nº 11.101, consagrou princípios caros ao Direito Empresarial, como o da função social e o da preservação da empresa. Há que se destacar que a legislação não visa, unicamente, à continuidade da atividade empresarial, mas também, à proteção dos trabalhadores que dela se beneficiam, mesmo que indiretamente.

Ao mesmo tempo, formas inovadoras de resolução de conflitos ganham cada vez mais espaço no ordenamento jurídico, considerando a já tão discutida problemática de um judiciário sobrecarregado e com excessivo volume de processos a serem resolvidos. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, nos três primeiros parágrafos de seu art. 3º, a permissão do uso da arbitragem, a obrigatoriedade de o Estado promover a solução consensual dos conflitos sempre que possível e o dever de incentivo de tais métodos por parte dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público³.

Cabe, aqui, uma distinção entre os métodos alternativos de resolução de conflitos e os métodos adequados de solução de conflitos. Os métodos alternativos são procedimentos de natureza consensual – ainda que quanto à escolha do processo – que funcionam como uma alternativa ao litígio judicial e envolvem a intervenção de um terceiro neutro e imparcial⁴.

O termo “métodos adequados de resolução de conflitos”, embora semelhante, trabalha sob uma percepção distinta acerca dos diferentes métodos resolutivos, pois considera que apresentam peculiaridades diferenciadoras que os tornam mais ou menos adequados a determinados tipos de conflitos. Assim, os diferentes métodos não devem tratar de recomendações arbitrárias, mas, sim, de escolhas conscientes acerca dos propósitos e procedimentos destes mecanismos⁵.

Para os fins deste trabalho, a arbitragem será considerada sob ambos os vieses, visto ser o método mais adequado para casos de recuperação judicial, mas, ao mesmo tempo, também tratar-se de uma alternativa à jurisdição estatal. Assim,

3 BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.

4 CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/a8e00666-393c-4a90-abb0-ea8ca5b6e19c/full>. Acesso em: 16 jul. 2024.

5 MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou Tratamentos Adequados de Conflitos? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, S.L., v. 6, n. 1, n.p., maio 2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_13.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

importa ressaltar que a área de recuperação judicial conta com um arcabouço legislativo e regulatório robusto, de modo que o interesse público se confunde com os interesses privado e coletivo. Isto posto, faz-se necessário considerar, também, a função social dos contratos, para além da função social da empresa, acima mencionada.

Embora a iniciativa de instituir métodos alternativos tenha sido, de forma geral, bem aceita pelos operadores do direito, alguns questionamentos atinentes ao conflito de competência entre o juízo arbitral e o juízo estatal foram surgindo juntamente com o crescimento na preferência pelo uso de tais métodos. Dentre estes, questionou-se se haveria forma de coexistirem o instituto da arbitragem com o da recuperação judicial para empresas, visto que a Lei nº 11.101/2005⁶ – Lei de Falência e Recuperação - era silente quanto à possibilidade.

Por isso, este artigo visa analisar de forma breve o histórico da arbitragem no âmbito da recuperação de empresas, bem como a problemática do conflito de competências entre os Tribunais Arbitrais e o sistema de justiça, sob a ótica da análise doutrinária e jurisprudência do STJ sobre o tema. Ainda, serão abordadas as mudanças advindas da Lei nº 14.112/2020⁷, a fim de verificar se houve mudança jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

2. A ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS E O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

A regulação da recuperação judicial da empresa foi disciplinada, no Brasil, a partir da Lei nº 11.101/2005, que incentiva a reorganização das empresas e permite que renegociem parte das dívidas acumuladas em um período de crise. O instituto recuperatório visa, primordialmente, viabilizar o saneamento da empresa em crise, ficando a falência restrita aos casos em que a recuperação da atividade empresarial não é viável.

Desse modo, o artigo 47 da referida lei consagrou a preservação da empresa como um princípio a ser realizado por meio do processo de recuperação judicial,

6 BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-publicacaooriginal-103273-pl.html>. Acesso em 30 nov. 2022.

7 BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. **Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 30. nov. 2022.

que é processada integralmente no âmbito do Poder Judiciário, por meio de uma ação judicial, com rito processual próprio, visando a solução para a crise econômica ou financeira da empresa⁸.

Para Rachel Sztajn, o legislador brasileiro atendeu à demanda social de preservação das empresas que, apesar de tratar-se de uma reorganização da atividade empresarial, foi denominado, para os fins normativos, como recuperação. A autora afirma que “recuperar” tem o sentido de reaver, restaurar, repor em condições de operar. É dizer, possibilitar a continuidade uma atividade empresarial acometida por crise⁹.

Em complemento, para Ana Frazão, a recuperação judicial é uma forma de demonstrar que a empresa possui importância ao interesse social, atendendo à função social, aos empregados, aos credores e a sociedade como um todo, sendo um dos propulsores do desenvolvimento nacional¹⁰. A preservação da empresa, portanto, é do interesse público, ante a gama de interesses que se projetam sobre a atividade empresarial.

Nessa perspectiva, durante anos discutiu-se a compatibilidade do instituto jurídico da recuperação judicial com a arbitragem, tendo em vista que o procedimento arbitral é regido pelos princípios da autonomia da vontade, patrimonialidade e confidencialidade, enquanto os processos de recuperação judicial visam atender a interesses coletivos e de ordem pública a fim de preservar o soerguimento da empresa, com a manutenção de empregos e pagamento dos credores.

Essa aparente distinção de princípios entre os dois institutos gerou, durante anos, muitas dúvidas acerca da possibilidade de utilização da arbitragem em processos falimentares ou recuperacionais, uma vez que a Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/1996 -, em seu artigo 1º, define que podem ser submetidos à arbitragem os conflitos “relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹¹.

8 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. In: BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-publicacaooriginal-103273-pl.html>. Acesso em 18 nov. 2022.

9 SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101/2005.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 220.

10 FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussão sobre a responsabilidade civil de controladores e administrador de S/As.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 214-215.

11 Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. In: BRASIL. Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre**

Acerca do tema, a doutrina diverge. Segundo Gabriela Sales, a indisponibilidade de bens não afeta a possibilidade de submissão da empresa recuperanda ao procedimento arbitral, especialmente quando a cláusula compromissória tenha sido firmada antes da concessão da recuperação judicial ou decretação da falência¹². Já para Carlos Netto, Felipe Scavazzini e Olavo Ferreira, a arbitragem e a recuperação judicial envolvem direitos patrimoniais disponíveis, de forma que, em tese, a via arbitral pode ser utilizada para dirimir os conflitos incidentais à recuperação judicial¹³.

Como pontuado pelo Ministro Marcos Buzzi, no julgamento do Conflito de Competência nº 157.099/RJ¹⁴, as jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica e exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta.

Vale destacar que a compatibilidade entre a arbitragem e a recuperação das empresas é possível porque, embora possa influenciar no concurso de credores, o procedimento arbitral não tem caráter executório, sendo a execução competência exclusiva da jurisdição estatal. Assim, o prosseguimento de arbitragem que envolva empresa em processo de insolvência não viola a ordem pública, visto que a execução do crédito será realizada necessariamente na jurisdição estatal.

Nesse sentido é o entendimento de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, ao consignar que “o procedimento arbitral, por sua natureza não executória, tem prosseguimento mesmo quando o devedor venha a ajuizar pedido de recuperação judicial ou tenha sua falência decretada”¹⁵.

Por esse motivo, os direitos envolvidos na recuperação judicial que sejam disponíveis e patrimoniais de pessoas capazes, preenchem os requisitos de arbitralidade. Isso não significa, evidentemente, que a recuperação judicial possa ser processada em arbitragem, eis que é um processo judicial, por natureza e definição

arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 18. nov. 2022.

12 SALES, Gabriela. **Principais temas sobre arbitragem e recuperação judicial.** R. Bras. Al. Dis. Res. – RBADR | Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 179-195, jul./dez. 2019

13 MONTES NETTO, Carlos Eduardo; SCAVAZZINI, Felipe Barbi; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Arbitragem e recuperação judicial: a competência para deliberação de aumento do capital social.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3o quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 18. nov. 2022.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Conflito de competência nº 157.099, Relator Ministro Marco Buzzi, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andriighi, Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2018, Data de publicação no DJe: 30. out. 2018, RSTJ vol. 253 p. 307.

15 TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29.

legal, tendo a legislação submetido sua fiscalização ao Poder Judiciário, para assegurar os interesses públicos concernentes à recuperanda e aos *stakeholders* que com ela interagem¹⁶.

É importante esclarecer que, no âmbito da recuperação judicial das empresas, a última palavra sempre caberá ao juiz estatal, em razão da garantia constitucional da proteção jurisdicional, portanto, observa-se que a decisão arbitral acerca da sua própria competência pode ser impugnada, e conseqüentemente, revista pelo Poder Judiciário.

Contudo, no ordenamento jurídico o princípio do *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) consagra que o árbitro é competente para decidir acerca da própria competência para analisar e decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do próprio contrato em que consta a cláusula arbitral.

Esse entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, na ocasião do julgamento do REsp 1.355.831/SP¹⁷, afastou a alegação de invalidade da cláusula arbitral de incompetência do juízo arbitral, mediante o argumento de que “a matéria relativa à validade da cláusula arbitral deve ser apreciada, primeiramente, pelo próprio árbitro nos termos do artigo 8º da Lei de Arbitragem, sendo ilegal a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem pela jurisdição estatal antes da instituição do procedimento arbitral”.

Verifica-se, ainda, que a jurisprudência em comento já é pacificada no STJ, estando acompanhada por decisões de natureza similar, nos quais restou decidido que a alegação de nulidade da cláusula compromissória deve ser submetida, primeiramente, à jurisdição arbitral.

Logo, em síntese, é possível que os litígios incidentais envolvendo o plano de recuperação judicial, sejam resolvidos em sede arbitral, caso haja cláusula compromissória neste sentido. Assim, é possível conciliar a preservação da empresa com o princípio da competência-competência, porque as competências expressas e implícitas do juízo da recuperação judicial são privativas e absolutas.

16 VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 23. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162049/pt-br.php>. Acesso em 10. nov. 2022.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1355831, Relator: Sidnei Beneti, São Paulo, 19 de março de 2013, Data de publicação no DJe: 22. abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30. nov. 2022.

3. ATUALIZAÇÕES ADVINDAS DA LEI Nº 14.112/2020

Apesar da coexistência entre a arbitragem e a recuperação judicial, a Lei nº 9.307/1966 - Lei de Arbitragem - é omissa sobre a recuperação judicial, enquanto a Lei 11.101/2005 – Lei de Falências e Recuperação - somente mencionou a arbitragem a partir da reforma introduzida pela Lei 14.112/2020 para tratar da validade da convenção de arbitragem na superveniência da recuperação judicial ou falência¹⁸ (art. 6º, § 9º, LREF¹⁹), da relação de processos arbitrais na recuperação judicial (art. 51, IX, LREF²⁰) e falência (art. 22, III, c, LREF²¹) e do direito dos credores de ajuizar ações de conhecimento contra o devedor após o reconhecimento de processo estrangeiro principal (art. 167-M, §2º, LREF²²).

O artigo 6º, § 9, LREF foi concebido a partir do Enunciado nº 6 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho de Justiça Federal, o qual dispõe que “o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral, nem o suspende”²³.

Isto posto, houve a positivação do entendimento de que a recuperação judicial e a falência não obstam a eventual instauração de procedimento arbitral ou a continuidade de procedimento já em curso. Ou seja, o legislador preservou o insti-

18 MONTES NETTO, Carlos Eduardo; SCAVAZZINI, Felipe Barbi; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Arbitragem e recuperação judicial: a competência para deliberação de aumento do capital social.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3o quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 18. nov. 2022.

19 § 9º O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral. In: BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 30. nov. 2022.

20 IX - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. Idem.

21 c) relacionar os processos e assumir a representação judicial e extrajudicial, incluídos os processos arbitrais, da massa falida. Idem.

22 § 2º Os credores conservam o direito de ajuizar quaisquer processos judiciais e arbitrais, e de neles prosseguir, que visem à condenação do devedor ou ao reconhecimento ou à liquidação de seus créditos, e, em qualquer caso, as medidas executórias deverão permanecer suspensas. Idem.

23 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 6.** I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios. Coordenador-Geral: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília-DF, 22 e agosto de 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/864>. Acesso em 10. nov. 2022.

tuto da arbitragem e o princípio da competência-competência e garantiu que litígios anteriores ou incidentais poderiam ser resolvidos pela arbitragem.

Conforme pontua Roberto Seixas, tal posicionamento já havia sido adotado por parte da jurisprudência, que entende ser eficaz a convenção de arbitragem, independentemente do processamento da recuperação judicial ou decretação da falência, que não são considerados causas para afastar a aplicação da convenção de arbitragem ou suspender arbitragem já iniciada²⁴.

Passou a ser evidente, diante da alteração promovida pelo diploma legal mencionado, que cláusulas compromissórias assinadas antes do processamento da recuperação judicial continuariam a ser válidas. Além disso, as recuperandas também podem celebrar convenção arbitral após o deferimento de seu pedido de recuperação judicial, podendo fazê-lo por meio de inserção de cláusula compromissória no plano de recuperação judicial ou por meio de convenção firmada entre as partes diretamente interessadas.

Fortalecendo ainda mais o instituto da arbitragem, o artigo 51, IX da LREF²⁵ determina que a petição inicial de recuperação judicial será instruída com a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados. Com isso, o legislador buscou dispor expressamente que os procedimentos arbitrais em curso devem ser informados na ocasião da instauração da recuperação judicial.

Ainda, cumpre ressaltar que a Lei nº 14.112/2020 também incluiu na Lei de Falências e Recuperações o parágrafo 2º do artigo 167-M, que dispõe, relativamente ao reconhecimento de processos estrangeiros, que “os credores conservam o direito de ajuizar quaisquer processos judiciais e arbitrais, e de neles prosseguir, que visem à condenação do devedor ou ao reconhecimento ou à liquidação de seus créditos, e, em qualquer caso, as medidas executórias deverão permanecer suspensas”²⁶. Logo, fica clara a possibilidade de processos estrangeiros de insolvência gerarem efeitos no Brasil, de modo que, apesar do reconhecimento de referidos processos, os credores podem ajuizar arbitragens ou dar sequência a arbitragens já em curso, visando

24 SEIXAS, Roberto. **A reforma da Lei de Falências e Recuperações e a resolução de disputas**. CONJUR, 23. fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/roberto-seixas-reforma-lei-falencias-recuperacoes>. Acesso em 27.09.2022

25 BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 30. nov. 2022.

26 Idem.

à condenção do devedor, ao reconhecimento de seus créditos ou à liquidação de ditos créditos.

Algumas situações específicas não foram citadas na lei, mas há um estudo que analisa a competência até mesmo para dirimir conflitos societários envolvendo a deliberação de matérias que foram aprovadas pela assembleia geral de credores na sociedade empresária em recuperação judicial que possui em seu ato constitutivo cláusula compromissória arbitral. Na pesquisa realizada por Carlos Netto, Felipe Scavazzini e Olavo Ferreira, concluiu-se que a competência é do juízo arbitral, eis que a Lei nº 11.101/2005 estabeleceu o dever de se observar a legislação aplicável para cada um dos seus meios de recuperação judicial, estando o juízo recuperacional limitado às questões relativas ao patrimônio da recuperanda, devendo ser respeitada a renúncia à jurisdição estatal²⁷.

Esgotadas as hipóteses de aplicação do procedimento arbitral no âmbito da recuperação judicial, é necessário atentar para as hipóteses nas quais não será possível a instauração de procedimento arbitral.

A primeira hipótese é relativa aos litígios nos quais se discutam direitos que não sejam patrimoniais e disponíveis, tendo em vista a aplicação do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996²⁸, que dispõe que a arbitragem pode ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Essa impossibilidade não se dá em razão da recuperação judicial, mas, sim, da própria Lei de Arbitragem.

De acordo com o estudo realizado por Victor de Paula Oliveira:

“a primeira limitação imposta pela recuperação judicial diz respeito ao processamento da própria recuperação, que deve ser feito, exclusivamente, por um juiz togado. As matérias de competência da Assembleia Geral de Credores também não poderão ser levadas à arbitragem, assim como a apreciação de descumprimento de obrigação prevista do plano de recuperação²⁹”.

Ademais, ele concluiu que “é de apreciação exclusiva do juízo da recuperação judicial a decisão a respeito dos bens da recuperanda, isto é, o juízo recuperacional

27 MONTES NETTO, Carlos Eduardo; SCAVAZZINI, Felipe Barbi; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Arbitragem e recuperação judicial: a competência para deliberação de aumento do capital social**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3o quadrimestre de 2021. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/18279>. Acesso em 28. out. 2022.

28 Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. In: BRASIL. Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre arbitragem**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 18. nov. 2022.

29 OLIVEIRA, Victor de Paula. **Recuperação judicial e arbitragem: a compatibilidade e o conflito de competência entre o juízo arbitral e o juízo recuperacional**. UNB, Brasília, 2021. Págs. 86-87. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/29663>. Acesso em 28. set. 2022.

mais próximo e conhecedor da situação real da empresa devedora é que deverá decidir quais bens são essenciais à atividade da recuperanda”³⁰. Com isso, entende-se que as decisões a respeito de constrições de bens que possam vir a prejudicar a manutenção da atividade da empresa e o procedimento da recuperação, deverão ser tomadas pelo juízo estatal.

Logo, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo tais questões quando confrontado sobre o conflito de competência, com o choque entre os princípios do juízo universal da recuperação judicial e o princípio da competência-competência. O juízo arbitral continuará competente para resolver sobre a própria competência, mas deve estar ciente de que suas decisões não poderão deliberar acerca do patrimônio da recuperanda – pelo menos não sem a prévia autorização do juízo no qual se processa a recuperação judicial, que é o competente para deliberar sobre atos de execução do patrimônio da devedora.

4. POSICIONAMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) SOBRE O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS ARBITRAL E ESTATAL

A pesquisa referente ao capítulo foi feita por meio da plataforma de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, utilizando o termo “arbitragem e recuperação judicial”. Além disso, foram utilizados artigos com análise acerca da jurisprudência afeita ao tema como base teórica para a busca de um melhor entendimento sobre como se dá a interpretação dos conflitos atinentes à competência do juízo arbitral frente à do juízo estatal.

O entendimento mais emblemático a respeito da arbitragem na recuperação judicial após a edição da Lei nº 14.112/2020 é o REsp 1.953.212/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o qual reforçou a jurisprudência da Corte sobre o cabimento de arbitragem contra empresas em Recuperação Judicial. Em seu voto, ressaltou que o deferimento do pedido de recuperação judicial não tem o condão de trasmudar a natureza de direito patrimonial disponível do crédito a ser reconhecido e quantificado via procedimento arbitral, pois os bens de titularidade da Recuperanda permanecem à sua disposição durante o soerguimento, não havendo óbices, portanto, à instauração da arbitragem³¹.

30 Idem.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.953.212, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Rio de Janeiro, 26. out. 2021, Data de publicação no DJe: 3. nov. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 29. out. 2022.

Além disso, a Ministra ressaltou que o que constitui competência exclusiva do juízo universal, segundo a jurisprudência do Tribunal, é a prática ou o controle de atos de execução de créditos individuais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial. Dessa forma, destacou que, segundo a regra da *kompeten-z-kompetenz*, incumbe aos próprios árbitros decidir a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória.

Também recente é a HDE nº 1809³², julgada em 22/04/2021, e de relatoria do Ministro Raul Araújo. No acórdão em questão, foi reconhecido que o titular do direito reconhecido na decisão estrangeira possui legitimidade ativa para requerer a homologação da sentença arbitral estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo irrelevante para o exame do pedido o fato de a sociedade empresária encontrar-se submetida a processo de recuperação judicial no Brasil.

Decidiu o Tribunal não ser cabível a análise do cabimento do alegado redutor sobre o débito reconhecido no Juízo Arbitral, pois tal questão poderia ser posteriormente avaliada no Processo de Recuperação Judicial em trâmite no Brasil. Assim, ainda que a requerida estivesse em processo de recuperação judicial perante a Justiça brasileira e, portanto, salvaguardada por princípios como preservação da empresa, sua função social e estímulo à atividade econômica, apenas após a homologação é que seria possível que incidissem as disposições da Lei nº 11.101/2005.

O referido precedente demonstra a possibilidade de coexistência entre a presença de uma sentença arbitral alienígena, homologada pelo STJ, com o instituto da recuperação judicial. Embora não haja menção expressa às alterações legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020, reforça, mais uma vez, que o entendimento prevaiente no Tribunal é o de que a cláusula arbitral e a recuperação judicial não se excluem mutuamente, em nada interferindo no resultado.

O CC 111.230/DF, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08/05/2013, reconheceu a natureza jurisdicional da arbitragem, assim, para dirimir a existência de conflito entre o juízo estatal e a câmara arbitral, a Ministra declarou a competência do juízo arbitral para decretação da medida cautelar de arrolamento, visto que esta possui “um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal”. A decisão autorizou que prosseguissem as arbitragens, justamente por competir ao

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Homologação de decisão estrangeira nº 1809/EX, Relator Ministro Raul Araújo, 22. abr. 2022, Data de publicação no DJe: 14. jun. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 29. out. 2022.

árbitro conhecer em primeiro lugar da própria competência, como juiz de fato e de direito³³.

Já no CC 153.498/RJ, julgou-se uma situação distinta, pois já havia pronunciamento do tribunal arbitral, de forma que o conflito era pela própria existência de decisões excludentes entre si. Dessa forma, o que se discutia no caso em tela era a própria questão dos limites da jurisdição arbitral e da competência estatal. No conflito, foi reconhecida a competência do juízo estatal por “faltar ao árbitro o poder de coerção, que fundamenta o poder executório e a ordem de natureza coercitiva comprometer o soerguimento da empresa recuperanda”³⁴.

Com isso, nota-se que o juiz estatal e juiz arbitral atuarão em momentos distintos do processo, pois uma vez que exista direito patrimonial disponível poderá ser convencionada a arbitragem, de modo que o que prevalecerá a autonomia da vontade das partes. Ou seja, o deferimento do pedido de recuperação judicial não tem o condão de transmutar a natureza de direito patrimonial disponível do crédito que a recorrida procura ver reconhecido e quantificado no procedimento arbitral.

Porém, constitui competência exclusiva do juízo universal, segundo a jurisprudência do STJ, a prática ou o controle de atos de execução de créditos individuais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial.

5. CONCLUSÃO

A partir das análises doutrinária, jurisprudencial e legislativa, conclui-se que a coexistência entre os institutos da arbitragem e da recuperação judicial é possível, de acordo com o entendimento majoritário doutrinário e com o arcabouço jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. O art. 6º, § 3º, da Lei nº 14.112/2020 teve como papel, prioritariamente, consolidar um entendimento que já vinha sendo adotado pelos Tribunais Superiores, dirimindo, assim, eventuais conflitos judiciais acerca da competência para os atos relativos ao procedimento recuperatório.

O juízo arbitral e o estatal possuem diferentes papéis no processo de recuperação, de forma que a exclusividade no procedimento cabe ao juízo estatal apenas no que concerne à parte executória. Assim, não há que se falar em interferência na competência jurisdicional em se tratando de apuração e liquidação de eventuais débitos em desfavor da recuperanda.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Conflito de competência nº 111230, Relatora: Ministra Nanci Andrigui, Brasília-DF, 8 mai. 2022, Data de publicação no DJe: 3. abr. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30. nov. 2022.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Agravo Interno no conflito de competência nº 153498, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Rio de Janeiro, 23. mai. 2018, Data de publicação no DJe: 14. jun. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30. nov. 2022.

Por fim, ressalta-se que a jurisprudência posterior à edição da Lei 14.112/2020 ainda é escassa, logo, não é possível aferir se as mudanças no entendimento jurisprudencial quanto aos procedimentos arbitral e estatal no âmbito da recuperação foram significativas em razão de sua edição. A partir do julgamento do RE 1.953.212/RJ, contudo, é possível perceber que a linha de pensamento já empregada na jurisprudência que tinha por base a Lei 11.101/2005 se manteve, levando-nos a concluir que o Tribunal ainda prioriza o emprego da arbitragem nas fases não executórias.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-publicacaooriginal-103273-pl.html>. Acesso em 30 nov. 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm. Acesso em 30. nov. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Conflito de competência nº 157.099, Relator Ministro Marco Buzzi, Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrichi, Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2018, Data de publicação no DJe: 30. out. 2018, RSTJ vol. 253.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1355831, Relator: Sidnei Beneti, São Paulo, 19 de março de 2013, Data de publicação no DJe: 22. abr. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30. nov. 2022.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 6**. I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios. Coordenador-Geral: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília-DF, 22 e agosto de 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/864>. Acesso em 10. nov. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial nº 1.953.212, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Rio de Janeiro, 26. Out. 2021, Data de publicação no DJe: 3. Nov. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 29. Out. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Homologação de decisão estrangeira nº 1809/EX, Relator Ministro Raul Araújo, 22. abr. 2022, Data de publicação no DJe: 14. jun. 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 29. out. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Conflito de competência nº 111230, Relatora: Ministra Nanci Andrichi, Brasília-DF, 8 mai. 2022, Data de publicação no DJe: 3. abr. 2014. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30. nov. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Agravo Interno no conflito de competência nº 153498, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Rio de Janeiro, 23. mai. 2018, Data de publicação no DJe: 14. jun. 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 30. nov. 2022.
- CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direi-

to, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/a8e00666-393c-4a90-abb0-ea8ca5b6e19c/full>. Acesso em: 16 jul. 2024.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussão sobre a responsabilidade civil de controladores e administrador de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou Tratamentos Adequados de Conflitos? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da Oab-Pr**, S.L., v. 6, n. 1, p. 0-0, maio 2018. Disponível em: https://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_13.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; SCAVAZZINI, Felipe Barbi; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Arbitragem e recuperação judicial: a competência para deliberação de aumento do capital social**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3o quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em 18. nov. 2022.

OLIVEIRA, Victor de Paula. **Recuperação judicial e arbitragem: a compatibilidade e o conflito de competência entre o juízo arbitral e o juízo recuperacional**. UNB, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/29663>. Acesso em 28. set. 2022.

SZTAJN, Rachel. Da recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101/2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALES, Gabriela. **Principais temas sobre arbitragem e recuperação judicial**. R. Bras. Al. Dis. Res. – RBADR | Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 179-195, jul./dez. 2019.

SEIXAS, Roberto. **A reforma da Lei de Falências e Recuperações e a resolução de disputas**. CONJUR, 23. fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/roberto-seixas-reforma-lei-falencias-recuperacoes>. Acesso em 27.09.2022

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VASCONCELOS, Ronaldo. **Princípios processuais da recuperação judicial**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162049/pt-br.php>. Acesso em 10. nov. 2022.



DIREITO

ISSN: 1981-9684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)