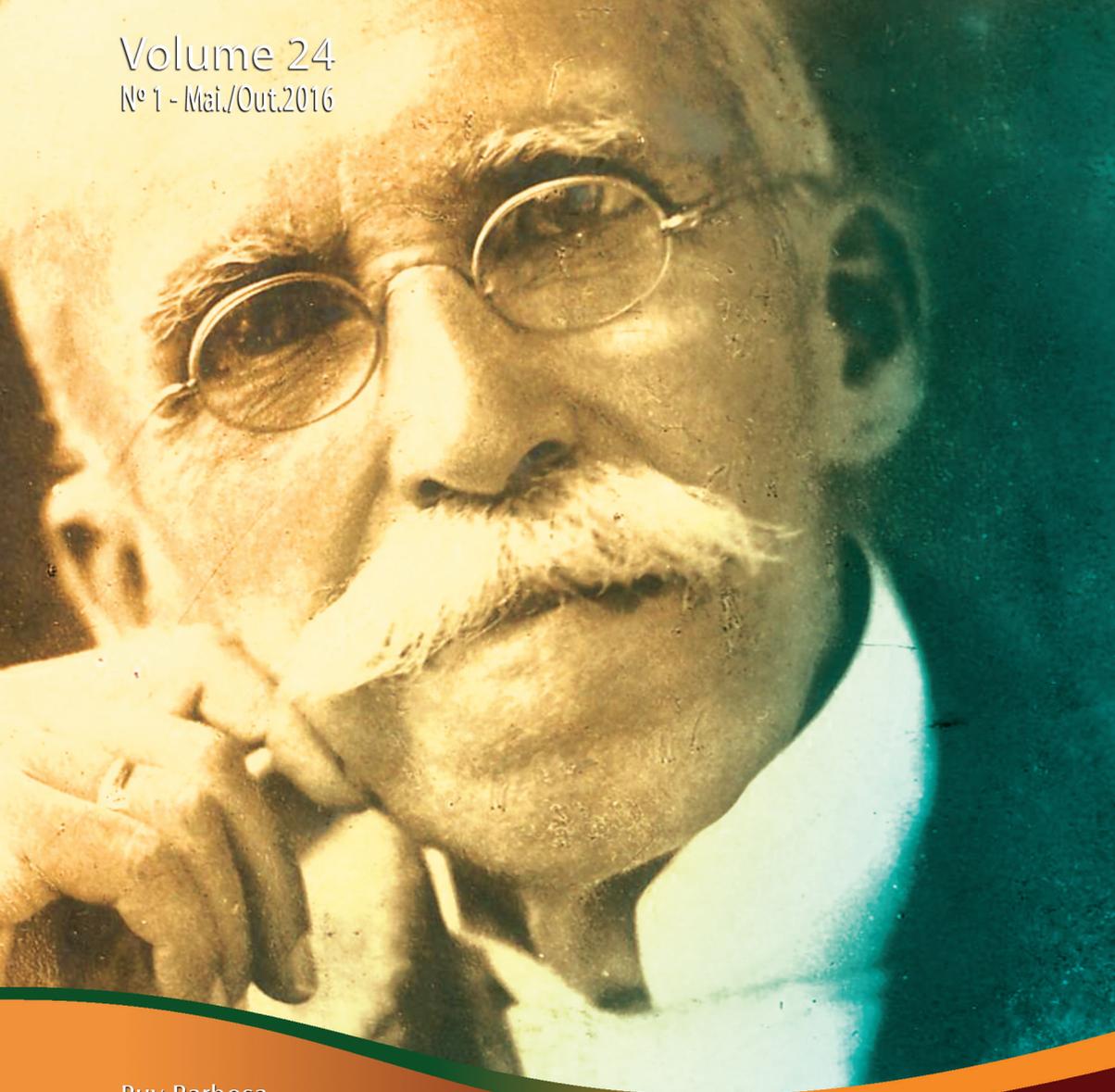


# REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 24

Nº 1 - Mai./Out.2016



Ruy Barbosa



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

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 24  
Mai./Out.2016

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da  
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.  
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2015 - volume 24, n. 1  
(mai./out.2016)

Semestral

Disponível em: <[http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.  
php/emarf](http://seer.trf2.jus.br:81/emarf/ojs/index.php/emarf)>

ISSN 1518-918X

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

CDD: 340.05

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretor-Geral**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

### **Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

### **Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler

### **Diretor de Estágio**

Desembargador Federal Marcus Abraham

### **Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro

## **EQUIPE DA EMARF**

Clarice de Souza Biancovilli - Assessora Executiva

### **Rio de Janeiro**

Carlos José dos Santos Delgado

Edith Alinda Balderrama Pinto

Flávia Munic Medeiros Pereira

João Paulo de Jesus Baptista

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Osmani Valporto Moreno

Pedro Mailto de Figueiredo Lima

Marta Geovana de Oliveira

Tânia Maria Marçolla Livramento

Thereza Helena Perbeils Marchon

### **Espírito Santo**

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

---



---

## Conselho Editorial

**Alberto Nogueira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Alberto Nogueira Jr.**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Aluísio Gonçalves de Castro Mendes**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Américo Augusto Nogueira Vieira**, Universidade Federal do Paraná, Brasil

**Américo Bedê Freire Jr.**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Ana Paula Vieira de Carvalho**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**André Ricardo Cruz Fontes**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Artur de Brito Gueiros de Souza**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Augusto Guilherme Diefenthaler**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil.

**Caio Márcio Gutterres Taranto**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carlos Guilherme Francovich Lugones**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carmem Tiburcio**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Celso de Albuquerque Silva**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Daniel Antônio de Moraes Sarmento**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil

**Eugênio Rosa de Araújo**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Guilherme Calmon Nogueira da Gama**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Guilherme Couto de Castro**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Gustavo Sampaio Telles Ferreira**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Helena Elias Pinto**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Jane Reis Gonçalves Pereira**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Leonardo Greco**, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Brasil

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

---

**Firly Nascimento Filho**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil  
**Flávio de Oliveira Lucas**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil  
**Luís Greco**, Universidade da Alemanha, Alemanha  
**Luiz Antonio Soares**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil  
**Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil  
**Marcus Abraham**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil  
**Marcus Lívio Gomes**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil  
**Nadia de Araújo**, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil  
**Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil  
**Paulo Freitas Ribeiro**, Advogado, Brasil  
**Pedro Marcos Nunes Barbosa**, Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio, Brasil  
**Poul Erik Dylund**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil  
**Reis Friede**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil  
**Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil  
**Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil  
**Rodolfo Kronenberg Hartmann**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil  
**Rodrigo de Souza Costa**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil  
**Rogério Dultra dos Santos**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil  
**Salete Maria Polita Maccalóz**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil  
**Sérgio D'Andrea Ferreira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil  
**Silvana Batini César Góes**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil  
**Theophilo Antonio Miguel Filho**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente:**

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

### **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal REIS FRIEDE

### **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal GUILHERME COUTO

### **Membros:**

Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO  
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA  
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ  
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER  
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES  
Desembargador Federal ABEL GOMES  
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES  
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO  
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA  
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ  
Desembargador Federal GUILHERME CALMON  
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA  
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO  
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO  
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO  
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES  
Desembargador Federal GUILHERME DIFENTHAELER  
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM  
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA  
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO  
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA  
Desembargadora Federal LETÍCIA DE SANTIS MELLO  
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER  
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO



---

## SUMÁRIO

---

A APLICAÇÃO PRÁTICA DA CRIMINOLOGIA EM SEU ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO.....	11
Alexandre Chini e Marcelo Moraes Caetano	
CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, BIOTECNOLOGIA E TRANSFERÊNCIA INVERSA DE TECNOLOGIA.....	19
André R. C. Fontes	
COSA NOSTRA REVISITADA: POLÍTICA ANTIMÁFIA ITALIANA .....	35
Cesar Caldeira	
A IMPORTÂNCIA DO AROMA NA CAPTAÇÃO DE CONSUMIDORES E SUA PROTEÇÃO PELO TRADE DRESS .....	69
Dan Guerchon	
MAIORIDADE PENAL: ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS.....	97
Dimas Soares Gonçalves	
A PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA: O MODELO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A TEORIA DO DISCURSO NA APLICAÇÃO DA TESE INTERMÉDIA.....	127
Fernanda Barreto Alves e Rafael Meireles Saldanha	
A CORRELAÇÃO ENTRE O DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E O INTERESSE PÚBLICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....	151
Frederico Antonio Menescal Conde Rocha	
A DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE À PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE CARÁTER PERPÉTUO .....	193
Gabriel Ribeiro	
JURISDIÇÃO E PROCESSO À LUZ DO “RISCO BRASIL” .....	213
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	
TV JUSTIÇA: JUDICIÁRIO EM CENA.....	229
Ivan da Costa Marques e Daniele Martins dos Santos	

---

ORÇAMENTO PÚBLICO, AJUSTE FISCAL E ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	253
Jessé Torres Pereira Júnior e Thaís Boia Marçal	
O DIREITO À IDENTIDADE TUTELADO PELA CLÁUSULA GERAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CASO DOS TRANSEXUAIS..	279
Livia Barboza Maia	
CONFLITO ENTRE MARCA, NOME EMPRESARIAL, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E NOME DE DOMÍNIO .....	319
Newton Silveira	
O “CASO MENSALÃO/AP 470 STF” - A EVENTUAL CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A MITIGAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO A LUZ DA HUMANIZACAO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	331
Paulo Augusto de Oliveira	
REPENSANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: O CASO WHATSAPP .....	351
Reis Friede	
O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SUA INFLUÊNCIA NAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS.....	355
Renata Marques Osborne da Costa	
IMPEACHMENT: UMA CONFUSÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POLÍTICA E RESPONSABILIDADE PENAL.....	373
Viviane Pleyzy	

---

# *A APLICAÇÃO PRÁTICA DA CRIMINOLOGIA EM SEU ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO*

---

*Alexandre Chini, Juiz de Direito*

*Marcelo Moraes Caetano, Professor da UERJ e do IBMR-Laureate  
International Universities*

O ponto de partida fulcral sobre o qual deve sustentar-se a anamnese proposta por este artigo dirá respeito à seguinte afirmação do Professor Luigi Ferrajoli, que desdobraremos em explicitações que nos parecem relevantes e, até, essenciais:

*A questão que pretendo abordar nesta aula – no âmbito deste II Seminário de Ciências Criminais – é o estatuto epistemológico da criminologia. Vou articular esta questão, de tipo meta-teórico, em duas sub-questões. A primeira diz respeito ao objeto da criminologia, e admite tanto uma resposta descritiva, quanto uma resposta prescritiva: antes de mais nada, do que trata a criminologia predominante hoje? Segundo, ao nosso ver, do que deve tratar? A segunda questão, de caráter mais especificamente metodológico, diz respeito à relação entre criminologia e direito penal positivo e, ao mesmo tempo, entre criminologia e ciência penal. (Ferrajoli: 2013, p. 1, sublinhamos)*

Deter-nos-emos, especificamente, no cerne da questão acima apontada pelo Professor Ferrajoli, que se ocupa de observar a criminologia como ciência ou Epistemologia, e, a partir daí, propõe judiciosamente que tal Epistemologia, elevada ao estatuto de Teoria, e não apenas de Tratado, possa alcançar questões prementes relacionadas a seres humanos postos em condições de flagelo e desvalia. As implicações daí oriundas poderão

ser objeto de outro artigo, porquanto devemos respeitar os limites impostos pela publicação que ora se perfaz.

A Epistemologia, ou Filosofia da Ciência, congrega o aparato de construtos teóricos e meta-teóricos, além das minúcias metodológicas, com que, pelo método científico, chega-se à formulação de regras gerais a partir de dados particulares. Em outras palavras, com elementos empíricos, quantificáveis, mensuráveis, ontológicos (cf. Heidegger), fenomenológicos (cf. Husserl) – que podemos englobar sob o hipônimo metonímico científico de “elementos concretos” –, busca-se o alcance de uma descrição que os possa guindar ao estatuto de elementos teóricos, qualitativos, epistemológicos – “elementos abstratos”.

Esse passo preliminar, de se buscarem os elementos apreensíveis ou empíricos, vem exposto no nunca desgastado trecho de Aristóteles, célebre por sua pujante e sucinta preleção sobre o mister primeiro de um homem de ciências:

*Assim, as coisas que primeiramente é preciso aprender para que sejam feitas, aprendemo-las fazendo-as: dessa maneira, construindo, tornamo-nos construtores; tocando a cítara, citaredos. E assim, de igual modo, tornamo-nos justos operando coisas justas, temperantes operando coisas temperantes, fortes operando coisas fortes. (ARISTÓTELES, 1998, p. 63)*

A partir dessa passagem meta-teórica, resumidamente equilibrada sobre a dialética (cf. Hegel, 1807) da passagem do concreto ao abstrato, constroem-se, então, as aludidas prescrições, de cujo cerne nos dá notícia o Professor Ferrajoli no trecho de sua lavra acima coletado. Como nos alerta Karl Popper, um dos mais importantes estudiosos da Epistemologia moderna, a prescrição é “menos do que uma ordem, e mais do que um conselho” (Popper, 1968, p. 213). Em outros termos, é elemento prescritivo não apenas aquele que se aplicar ao caso concreto (como a prisão de um indivíduo desviante específico), mas sobretudo o princípio que subjaz àquele ato concretizado, princípio que, por sua própria natureza epistemológica prescritiva, portanto, poderá ampliar-se a interpretações que lhe permitam aplicar-se a casos análogos, de maior ou menor magnitude. Esta é a natureza científica (objeto de investigação deste artigo) da prescrição como tal.

A passagem das espécies para o gênero, pois, é uma das famosas dicotomias aristotélicas (Aristóteles, 2013), e está presente, inclusive, na mesma dicotomia presente nas quatro categorias oriundas de Kant (2009) de que Grice (1978) se valeu para compor suas quatro máximas comunicativas: a quantidade e a qualidade<sup>1</sup>. Assim, é lícito entrever-se que, na elaboração de uma teoria, seguindo os passos da Ontologia, herdeira da Física e da Metafísica de Aristóteles e, antes, mesmo que por oposição a este, do pensamento de Platão, em todas as suas manifestações filosóficas, ocorre uma passagem da espécie para o gênero, da quantidade para a qualidade. Assim o é, para citarmos os que consideramos fundamentais, com teóricos como os já citados Platão e Aristóteles, além de Spinoza (1925), Nietzsche (2008), Husserl (1978), Hegel (1807), Sartre (1943), Marx (1982), Wittgenstein (1984a, 1984b, 1984c), Lacan (2003), Kristeva (1998, 1974a, 1974b, 1977), Anderson (2013), Breuilly (2000).

Mesmo quando operamos por silogismo (quando partimos do gênero para a espécie), a Ontologia parece alicerçar as bases da ciência. Devemos entender, contudo, que a ciência é sempre aproximativa: consegue, por meio de artifícios alicerçados na observação e no raciocínio do cientista, criar um construto teórico aplicável a casos circunvizinhos. É nessa esteira que o fundador do Estruturalismo contemporâneo, Ferdinand de Saussure, responde-nos:

*Com efeito, toda a projeção depende do corpo projetado e, contudo, dele difere, é uma coisa à parte. Sem isso não haveria toda uma ciência das projeções; bastaria considerar os corpos em si mesmos. (Saussure: 1984, p. 103)*

Valem como preâmbulo, ainda, as palavras do professor de Física da Universidade de Viena F. Capra a esse respeito:

*Esse esquema conceitual [explicação da realidade pela ciência] é necessariamente limitado e aproximado como, de resto, o são todas as teorias científicas e "leis da natureza" que contém. Todos os fenômenos naturais estão, em última instância, interligados; para que possamos explicar cada um desses fenômenos, precisamos entender todos os demais, o que é obviamente impossível. O que torna a ciência tão bem-sucedida é a descoberta de que podemos*

---

<sup>1</sup> Naturalmente, deixamos, aqui, de mencionar, por não ser do objetivo deste artigo, as categorias de relação e modo, presentes, antes, em Aristóteles, em seguida em Kant e, por fim, em Grice.

*utilizar aproximações. Se nos satisfizermos com uma compreensão “aproximada” da natureza, poderemos descrever grupos selecionados de fenômenos, negligenciando outros que se mostrem menos relevantes. Assim, podemos explicar muitos fenômenos em termos de poucos e, conseqüentemente, compreender diferentes aspectos da natureza de forma aproximada sem precisar entender tudo ao mesmo tempo. Este é o método científico: todas as teorias e modelos científicos são aproximações da verdadeira natureza das coisas; o erro envolvido na aproximação é, não raro, suficientemente pequeno para tornar significativa essa aproximação. (Capra: 1983, p. 215)*

Porém, a Filosofia da Ciência, sustentada, como foi visto, na passagem do grau (quantidade) para a natureza (qualidade) ou da aparência para a essência (o famoso par filosófico básico) não se opera de modo automático. Há que intervir o caráter interpretativo do cientista – neste caso o jurista –, sem o qual se corre o risco de perpetrarem-se ilações descabidas. Há que perceber, também, que, entre outros fatores, como se operou no rascunho que quisemos fazer há pouco, o objeto, o método e a finalidade de uma teoria é que a consubstanciam como tal, conforme lição de três dos grandes epistemólogos contemporâneos: Kuhn (1970), Popper (1968) e Alves (2000).

Todo o fazer científico repousa nas bases que há pouco expusemos. No entanto, para além dessa dupla articulação ou duplicidade de metas (a descrição de fatos e a prescrição de normas que os regulem), há uma como que epiciência ou meta-ciência, cujo espírito é, antes do mais, teleológico ou finalista, isto é, não se estagna no positivismo do que já foi constatado e escrito – e até solucionado por conjuntos de regras disciplinadoras –, porém, em vez disso, preocupa-se em apontar, mediante teoria e empiria já postas em uso, soluções exequíveis para problemas outros que não os abraçados concretamente até o momento pela ciência em questão. O fim ulterior da ciência, portanto, consiste na propugnação de métodos abonados pela experiência e teoria albergados.

São esses três elementos, dessa forma, que o Professor Ferrajoli traz à baila no excerto acima colimado em relação à ciência da criminologia, ou seja, ao seu papel não apenas coercitivo de fatos e atos já descritos, mas capaz de prognosticar soluções para outros que não os já abordados por sua tecnologia teórica prescritiva.

Dessa forma, a Epistemologia demonstra não apenas a sua eficácia e habilidade (saber fazer) no deslinde de questões atinentes ao presente, como também comprova a sua eficiência e competência (poder fazer) no desbarate de questões análogas e adjacentes ao seu círculo de observação.

O estatuto epistemológico a que faz menção o Professor Luigi Ferrajoli, portanto, açambarca, com lucidez, a completude da ciência em geral e de cada ciência em particular, que se mostra tripartite: descrever, prescrever e criar métodos com que se possam analisar e resolver conflitos pertencentes ao mesmo objeto de estudo.

Para isso, é propedêutico que se estabeleçam os objetos de estudo da ciência em questão (no caso em tela, crimes cometidos por agentes singulares e individuais), delimitem-se objetos congêneres e partícipes do conflito central que se busca resolver (aqui, crimes cometidos por agentes coletivos contra massas sociais vitimadas), descrevam-se com o maior rigor empírico esses objetos, definam-se estratégias prescritivas que se lhes ajustem ao cerne e, por fim, criem-se abstrações ainda maiores (o senso de justiça e restabelecimento da ordem) que alcem soluções para casos que ainda não são tratados pela ciência em tela, mas que, pelo que se produziu mediante o método científico, podem e até devem ser tratados.

Assim, as questões que nos propõe o Professor convergem perfeitamente para a alçada da criminologia como ciência e vêm, aqui, reiteradas: não deveria a criminologia, enquanto ciência, ir além da “criminalidade individual singular de sujeitos desviantes” (Ferrajoli, id. ib.), transcrita positivamente no direito penal, e atingir, com seu método construído, as “terríveis catástrofes da fome, da sede, das doenças não tratadas e das devastações ambientais provocadas pelo atual anarco-capitalismo e pelo atual mercado financeiro sem regras”? (Ferrajoli, id. p. 2)

Na segunda parte do artigo do Professor, faz ele a distinção clara que a metodologia (como apanágio da ciência) impõe entre criminologia e justiça penal.

Afirma o seguinte:

*Eu acredito que a criminologia deve considerar e estigmatizar como crimes – crimes de massa contra a humanidade – as agressões aos*

*direitos humanos e aos bens comuns realizadas pelos Estados e pelos mercados. Mas pode fazê-lo somente tornando-se autônoma em relação ao direito penal dos nossos ordenamentos e dos filtros seletivos por eles próprios formulados. (Ferrajoli, id. p. 3)*

Ao fazê-lo, o Professor nos põe diante da criminologia crítica, que permita, por exação dos atos perpetrados contra seres humanos – tendo por agentes não pessoas isoladas, mas Estados, regimes políticos, corporações etc. –, que se possa “desenvolver um papel crítico em relação às lacunas ou excessos das penalizações do direito penal de nossos ordenamentos, e com isso promover sua expansão ou redução.” (Ferrajoli, id. p. 4)

Como antecipáramos, não caberia, dada a pequenez desta exegese, angariar toda a complexidade alcançada pelo Professor Ferrajoli. Buscamos, em vez disso, desdobrar as minudências de sua proposta epistemológica, de elevar ao estatuto científico as questões trazidas, fortuitamente, como sugerem as palavras do próprio egrégio Professor, pela criminologia. Com nossa explicitação sobre o que vem a ser a Epistemologia, e quais as benesses que essa nova perspectiva sobre a criminologia e a justiça trariam ao paradigma social vigente, deixamos aberta a possibilidade de debates sobre as faturas específicas a que se lança com austeridade científica o Professor Luigi Ferrajoli neste lapidar artigo com que – assim esperamos – vimos de contribuir.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. Filosofia da ciência. Introdução ao jogo e a suas regras. 9. ed. São Paulo, Edições Loyola, 2000

ANDERSON, Benedict. Comunidades imaginadas. Tradução de Denise Botmann. São Paulo: Companhia das letras, 2013

ARISTÓTELES. . De interpretatione. 16a3 < [http://www.ifcs.ufrj.br/~fsantoro/ousia/traducao\\_deinterpretatione.htm](http://www.ifcs.ufrj.br/~fsantoro/ousia/traducao_deinterpretatione.htm) > Acesso em 20 de outubro de 2013

\_\_\_\_\_. Éthique à Nicomaque. Paris: Le Livre de Poche, 1991a

\_\_\_\_\_. Retórica. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1991b

- \_\_\_\_\_. Retórica. Introdução de Manuel Alexandre JÚNIOR. Tradução do grego e notas de Manuel Alexandre JÚNIOR, Paulo Farmhouse ALBERTO e Abel do Nascimento PENA. Lisboa: INCM, 1998
- BREUILLY, John. "Abordagens do nacionalismo". In BALAKRISHNAM, Gopal (org.). Um mapa da questão nacional. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, pp. 155-184
- CAETANO, Marcelo Moraes. Teoria geral da gramaticalização: introdução ao jogo e a suas regras. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro, UERJ, 2013
- CAPRA, Fritjof. O Tao da física. Tradução de José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 1983
- FERRAJOLI, Luigi. "O estatuto epistemológico da criminologia". In , 2013
- GRICE, Herbert Paul. "Further notes on logic and conversation". In: COLE, Peter (Ed.). Syntax and Semantics, vol. 9. Academic Press, New York. 1978.
- HEGEL. Phänomenologie des Geistes, Berlin, Guttenberg Spiegel, 1807
- HUSSERL, Edmund. Investigações lógicas (Elementos de uma elucidação fenomenológica do conhecimento). Tradução Zeljiko Loparic e Andréa Maria Altino de Campos Loparic. São Paulo, Nova Cultural, 1988
- KANT, Immanuel. Crítica da razão pura [Kritik der reinen Vernunft]. São Paulo: Martin Claret, 2009
- KRISTEVA, Julia. "A expansão da semiótica", in KRISTEVA, Julia, REY-DEBOVE, Josette, UMIKER, Donna J. Umiker. Ensaios de semiologia, volume I, Problemas Gerais, Linguística, Cinésica
- \_\_\_\_\_. Introdução à semanálise. São Paulo, Editora Perspectiva, 1974
- \_\_\_\_\_. La révolution du langage poétique. Seuil, 1974
- \_\_\_\_\_. Polylogue. Paris, Seuil, 1977
- KUHN, Thomas S. "The structure of scientific revolutions" in Neurath, Otto et al. Foundations of the unity of science. Chicago, The University of Chicago Press, 1970.
- LACAN, J. "Lituraterra". In. Outros escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- MARX, K. Para a crítica da economia política. São Paulo, Abril Cultural: 1982.
- NIETZSCHE, F. Die Geburt der Tragödie – Aus dem Geist des Musik. Cambridge, Cambridge literary (german edition), 2008
- POPPER, Karl. The logic of scientific discovery. Nova York, Harper & Row, 1968
- SARTRE, Jean Paul. L' être et le néant. Paris, Gallimard, 1943.
- SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de linguística geral. 9ª edição. São Paulo. Cultrix. 1984

---

SPINOZA, Baruch. *Ethica Ordine Geometrico Demonstrata*. Heidelberg. ed. Carl Gebhardt, Heidelberg, 1925

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Bemerkungen*. Frankfurt. Suhrkamp, 1984a

————— *Investigações Filosóficas*. São Paulo, Editora Nova Cultural, 1999

————— *Philosophische Grammatik*. Frankfurt, Suhrkamp, 1984b

————— *Zettel*. Frankfurt, Suhrkamp, 1984c

---

# *CONHECIMENTOS TRADICIONAIS, BIOTECNOLOGIA E TRANSFERÊNCIA INVERSA DE TECNOLOGIA*

---

*André R. C. Fontes\**

## I

O maior distanciamento dos tempos nos quais os homens, ganhando domínio sobre a natureza, substituíram a manada pelo agrupamento social, guarda relação com o surgimento e o desenvolvimento dos modos humanos específicos, sem os quais são impossíveis a existência e a evolução desses grupos de atividade vital.

Progressivamente, várias formas de acumulação de conhecimento surgiram, todas elas agregadas a partir de elementos comuns, marcadas pela experiência assimilada e verdadeiramente organizada que se elabora, se soma e se transmite de uma geração a outra, das quais geram ou incorporam novos conhecimentos. Todas as multiformes correntes e tendências aderem a essas questões objetivas, mencionadas a forma oral da transmissão do conhecimento e a ausência de uma educação formal, se considerada certa margem da qual partem os estudos em cada sociedade. Paralelamente aos aspectos sociais e culturais dos povos que lidam com esses conjuntos de saberes práticos, uma relação muito íntima é considerada entre pessoa e natureza.

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

À medida que se vai desenvolvendo cada povo, a experiência que empreendem os conhecimentos tradicionais não fica assentada somente em palavras e em objetos de compreensão. A vida põe a descoberto novos objetos de pesquisa, especialmente diante de problemas desconhecidos e das descobertas mantidas em primeiro plano por certas comunidades em seu contato com o meio ambiente. Concomitantemente, deve ser dito que, entretanto, uma concepção integral do mundo somente pode ser formulada com dados presentes e imediatamente conhecidos. Ao seu próprio tempo, o progresso se encarregará das mudanças e de cada novo descobrimento na constituição de uma ideia sobre os conhecimentos tradicionais.

Sem tergiversar, a mais ampla consideração leva a que os conhecimentos tradicionais sejam compreendidos como *todos aqueles conhecimentos, costumes e crenças (materiais e espirituais) que são transmitidas verbalmente, de geração em geração, no seio de um povo ou de uma comunidade.*

A fim de cumprir as tarefas de estudos, o esforço em estabelecer as mais recentes conclusões sobre o que teriam os conhecimentos tradicionais para serem assim caracterizados constitui um dos problemas cardinais para sua delimitação e natureza. Revestem de imensa importância não somente para a caracterização, mas, também, para o avanço dos estudos e do regime protetivo a respeito. Demonstração clara e indiscutível da incompreensão dos longos desafios no desenvolvimento dos conhecimentos tradicionais servem as características de melhor maneira para se estabelecer uma síntese da experiência e prática de cada povo que os utilizam e uma forma de contrastar com as interpretações que tomam os povos, e não os conhecimentos, como fonte para as mais amplas generalizações teóricas, e para o enriquecimento e elevação do nível de tutela de que se valem as sociedades organizadas, e mesmo os Estados modernos.

A análise variada das interpretações possíveis junta-se ao espírito criador, associado e enriquecido pelo dinamismo das comunicações modernas, que sofrem inevitavelmente os influxos do desenvolvimento científico, que altera o conhecimento arraigado. Alguns povos não se negam a reconhecer a verdade objetiva que encerra a experiência de outros grupos sociais; e seu testemunho de um processo cognitivo, sem complexidade e contraditório, não impede o caráter relativo da transmissão desses conhecimentos. Um

bom exemplo é a forma como o milho é cultivado e utilizado em todo o mundo: é inegável que algum conhecimento envolveu cada povo que dele se valeu, não somente para fins alimentares, mas, também, para um conjunto de utilidades conexas.

O labor de sistematizar os conhecimentos tradicionais tem levado os estudiosos a formar uma ideia que muito poderia significar uma confusão entre requisitos e características. O aporte criador legislativo de cada país é o principal fator de estímulo a esse verdadeiro problema para os conhecimentos tradicionais. É que o tratamento como requisitos faz com que se adquira um especial significado nas condições contemporâneas de pesquisa e também de delimitação do assunto. As mais angustiantes injustiças nas questões dos conhecimentos tradicionais passam pelo entrelaçamento (ou colisão!) de ideias que refiram requisitos de características. Os que foram resolvidos em torno da elaboração de características operam melhor com problemas velhos e tradicionais que esses conhecimentos sofrem, sem necessidade de que novos problemas venham a ser erigidos, especialmente os relacionados à propriedade intelectual.

O núcleo dos estudos a respeito dos conhecimentos tradicionais reside em algumas etapas de surgimento que poderiam ser listadas da seguinte forma, como características dos conhecimentos tradicionais:

- a) são conhecimentos enriquecidos a cada geração;
- b) foram adquiridos e provados na prática;
- c) relacionam-se principalmente com o território, o uso dos recursos naturais e o ambiente (daí a relação dos conhecimentos tradicionais com os recursos genéticos);
- d) expressam-se na forma de trabalhar a terra ou a agricultura, a organização, a cosmovisão, a prática espiritual, a medicina tradicional e as relações entre as espécies animal e vegetal;
- e) refletem a cultura, religião, educação, a saúde e o estado do meio ambiente.

II

Ao se deixar levar pelas limitações que o tema dos conhecimentos tradicionais evoca, não se deve equipará-los a mais um direito de propriedade intelectual e atribuir-lhes uma proteção pura e simples, por meio de patentes. Onde começaria uma nova ordem, em favor de conhecimentos tradicionais sem limitações de tempo e sem a configuração que a patente representa em uma sociedade de informações, estaria um hipotético desfazimento da lógica retributiva e temporal que submete o regime atual e, por que não dizer, a própria razão de ser da propriedade industrial. Sob esse aspecto, deve-se buscar um equilíbrio entre uma versão atemporal de direitos e a falta de uma sistemática protetiva no campo aberto que os conhecimentos tradicionais propiciam em vantagens e importância, sendo necessário pensar em uma fórmula para integrá-los e assegurar o bem-estar daqueles que os desenvolveram, por meio de vantagens e benefícios.

Brotou, na atualidade, em forma de reação, um conjunto de medidas destinadas a proteger seus titulares, os produtores dos conhecimentos tradicionais, inevitavelmente marcadas por elementos de subjetividade, notadamente, por uma premissa de marginalização das comunidades tradicionais na grande fatura que é a vida moderna. O ser humano socialmente desintegrado da sociedade industrial, recatado em seus limitados espaços de vida, isolado em um mar de racionalidade, ciência e tecnologia, forma, nos conhecimentos tradicionais, uma espécie de contravalor, vazio e sem sentido, em um mundo que já supera a noção industrial e caminha para uma pós-industrialização em passos com a pós-modernidade.

Não obstante a gama de atitudes da intimidade e presença das comunidades tradicionais em seu caminho até o máximo da gratidão, da gratuidade, da espontaneidade, da amizade, da lealdade, da honestidade e até mesmo de uma fé ilimitada em suas crenças e, mais do que isso, em si mesmas, a visão constatadora desses grupos, nos quais se empenharam sociólogos, antropólogos e etnólogos; mantém-se no caminho privilegiando ter o homem como o centro das coisas.

Aceitam-se mesmo os horrores a que se submetem esses grupos, com objetivos últimos de protegerem pessoas e culturas, envolvidos de

sonhos, emoções e também de exclusões. Quando se cruzam os valores mais profundos que escondem essas culturas com os êxitos que tiveram nas relações com o meio ambiente, são exaltados simultaneamente os sentidos de pertencimento e identidade, mas também os malogros que diluem todas as conquistas creditadas a esses povos.

Não parece possível ser pensado que a orientação conhecida de manter inaculturados e permitir a atribuição de poderes a esses grupos sobre o que conhecem sejam conciliáveis, diante de um visível quadro de pobreza ou pobreza extrema que, muitas vezes, permitem que sobrevivam. O desencanto, a desorientação, o ceticismo, a perda de valores, o desprezo de valores familiares, a busca da satisfação pessoal ou individual a curto prazo e, mesmo, a insensibilidade com o passado parecem ser as perspectivas do futuro.

É bom não cair em conta que todos existem e se encontram em um largo processo de mudanças radicais, de que a experiência diária dá testemunho. O homem parece evoluir socialmente de um ciclo que bem poderia ser chamado de tribal, com uma visão cósmica totalmente voltada para a natureza e fechada em seu próprio território e grupo étnico, para um ciclo que bem poderia se chamar, simplesmente, de expansionista. A continuação de um processo permanente para um ciclo *expansionista*, tanto por impérios mundiais como por diversos grupos de poder econômico, que se impõe com uma visão de compartilhar vantagens e benefícios e, paradoxalmente, abrindo e também fechando o mundo ao organizar uma sociedade desigual, competitiva e excludente, não admite, ao que parece, um ciclo *pluralista*, no qual se sabe são todas as pessoas codependentes com uma visão antropocêntrica e consciente de seus direitos. No entanto, na tensão entre o poder do dinheiro e a dignidade do ser humano, entre massificação e tecnologia e a realização pessoal, de onde se busca a renovação, a equidade, a sabedoria e mesmo a nova síntese de paradigmas, há de se levar em conta as diferenças dos povos e das gerações, que também vivem em ciclos e terminam reconfortando-se a si mesmos em novas sínteses, por meio de novas lideranças, propostas e alianças, mas que não se desatam de um desenvolvimento e de uma continuação da humanidade.

O critério decisivo de uma verdade está mais na experiência do que na simples razão ou ânimo. Sopesar possibilidades parece ser a única forma de conservar as forças que se manifestam em grupos mais destacados e reservados diante de um inevitável quadro de discriminação e assimilação a retirar toda a sua identidade social.

Conhecimento e pensamento, entretanto, não padecem dos translados desfigurativos desses povos. Além disso, encontram uma relação direta com a lógica interna e, mesmo, externa da sociedade moderna. E uma lógica interna na sociedade moderna, que assegure o pensamento e se manifeste de forma evidente, expressa-se necessariamente como uma maneira objetiva do conhecimento.

Em suas concepções antropocêntricas, as atuais formas de estudos e pesquisas a respeito ignoram o papel predominante da objetividade e do estabelecimento de conhecimentos que sejam capazes de apresentar um quadro científico e tecnológico na vida moderna.

Na presença de todo um complexo de ideias e de conceitos muito respeitáveis, é permitido dizer que, nas formas cognitivas e lógicas do conteúdo real do mundo circundante, o que permite penetrar profundamente em sua essência objetiva e contraditória é o que conforma o pensamento com o objeto.

Desligar-se de formas que se prendam ao ser humano e se manter de modo incessante na atenção para o conhecimento objetivo é o primeiro passo para considerar a própria concepção determinada e concreta de cultura e conhecimento de um povo. A essência do pensamento antropológico de analisar o reflexo objetivo dos povos e não o processo objetivo de criação de um quadro científico e tecnológico desses mesmos povos conduziu a uma atitude verdadeiramente contraditória na busca infinita de justiça e tutela que envolvem suas atividades.

Um conhecimento verdadeiro não pode se inclinar a opiniões e representações envelhecidas e obsoletas tomadas em consideração pelos mesmos povos que, pela experiência e pelo contato com o meio ambiente, tenham alcançado meritórios resultados. Um conhecimento objetivo do mundo e a sua capacidade de desentranhar os segredos do real consiste

em compreender o objeto em seu desenvolvimento, desvinculado da sua autêntica origem ou entidade comunitária que se formou.

O caminho do conhecimento tem um caráter complexo e progressivo e não comporta opiniões e representações diversas, subjetivas, fantásticas e imprecisas mediante as quais o homem trata de expressar seus pensamentos mais recônditos. Fantasias, imagens e representações folclóricas, por mais encantadoras que sejam, assombam ou cobrem o conhecimento.

Uma nova compreensão da prática é possível de ser estabelecida a fim de que seja constatada a veracidade ou a falsidade das diferentes opiniões. É dessa forma que se abre o caminho para uma verificação possível dos conhecimentos tradicionais e para a constatação de terem eles colossal importância para a vida prática e de toda a humanidade.

Não obstante os esforços na compreensão dos povos tradicionais, todo o papel desempenhado pelo conhecimento antropocêntrico é a fonte e a força motriz dos conhecimentos, mas seu principal objetivo e critério decisivo de proteção está na desvinculação de conceitos antropocêntricos. E depois de considerar seus problemas concretos, o critério que se contrapõe ao antropocentrismo é o biocêntrico.

A palavra biocêntrico está associada a uma nova compreensão dos conhecimentos tradicionais, como critério decisivo se comparado com meios antropocêntricos tradicionais. E se devemos subtrair o antropocentrismo, deve ser lembrado que ele, em absoluto, deu vida aos conhecimentos tradicionais e também é causa de sua morte por sua luta irreconciliável com a necessidade de proteção da figura humana.

O fundamental é que os conhecimentos tradicionais deixem de ser um campo aberto de capturas de informações sobre plantas e animais. Ou é a flor, o fruto ou a parte da planta que beneficia e que é de conhecimento de uma comunidade tradicional, mas não o é de quem dele pode se beneficiar na técnica atual do sistema de propriedade intelectual.

Ao mesmo tempo que os conhecimentos tradicionais surgem em países em desenvolvimento, são eles que, de diferentes formas, provocam inevitavelmente um curso de informações para os países já desenvolvidos. A relação indireta ou mesmo direta com o conteúdo dos conhecimentos

tradicionais e suas formas não põe em dúvida um fluxo de informações que abastece o mundo desenvolvido em um complexo caminho de entrelaçamento, mas uma frequência que impede que se constate uma fronteira ou diferenças precisas entre eles.

Nesse plano de compreensão da lógica do conhecimento transferido ao mundo desenvolvido, na mais estrita compreensão denomina-se de transferência de tecnologia o repasse do subproduto do conhecimento adquirido no mundo desenvolvido ao subdesenvolvido. E com vista à compreensão do processo de conhecimento, o fluxo contrário de informações dos conhecimentos tradicionais do mundo subdesenvolvido ao mundo desenvolvido é inverso. A diferença de representações e de fluxos *a priori* considera também uma transferência, uma transferência inversa dos países subdesenvolvidos para os desenvolvidos.

Toda a prática mostra que, sob um regime rígido de negócios de bens regulado por um acordo internacional, o ADPIC – Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (mais conhecido no Brasil pela versão anglófona TRIPS), a propriedade intelectual é tratada como o elemento determinante do comércio internacional. A formação e o desenvolvimento do ADPIC (TRIPS) reclama uma parte orgânica importantíssima nos conhecimentos tradicionais que é o tratamento objetivo na esfera de atividade cognitiva e das definições teóricas.

A dependência da base histórico-etnocêntrica de que resultam os trabalhos atuais é importante para a qualidade do *homo faber*, do *homo sapiens* e do *homo creator*. Mas o homem é sempre o criador do conhecimento verdadeiro, do quadro científico em desenvolvimento constante, cuja cristalização lógica aparece em qualidade de formas cognitivas objetivo-verdadeiras que, em sua síntese, constitui aquilo que toca ao pesquisador justificar e motivar todo estudo.

### III

São numerosas as críticas ao patenteamento das formas de vida sustentáveis que utilizam o sistema de patentes para recompensar o trabalho científico no campo dos recursos e dos processos biológicos.

Parece que é inapropriado considerar que enquanto os organismos vivos são qualitativamente diversos dos materiais não vivos e as consequências seriam conclusões de que tais materiais biológicos não seriam invenções.

Os avanços na área levaram, entretanto, alguns países a ratificar o patenteamento de organismos geneticamente modificados assim como de alguns tipos de organismos existentes na natureza, de animais, de vegetais e também de seres humanos. Esses organismos vêm, invariavelmente, de países desenvolvidos, embora também países em desenvolvimento apresentem outros, ainda que em menor quantidade.

O problema correlato é representado pelo patenteamento, normalmente nos países desenvolvidos, de elementos e de outras substâncias vegetais ligadas a funções e utilizações que já estão em domínio público e que acabam por permanecer na utilização prática por muitos anos e mesmo gerações. A par disso, nos países desenvolvidos a proteção da variedade vegetal é garantida e se trata de variedade nas quais materiais genéticos são normalmente dos países em vias de desenvolvimento.

Um importante lugar correspondente é representado pelo patenteamento de elementos e de outras substâncias de conhecimento relativo à utilização da biodiversidade por parte de multinacionais. A prática consiste em transformar em direitos de propriedade intelectual conhecimentos das comunidades locais, geralmente de países em desenvolvimento. Esses direitos acabam por fornecer a essas multinacionais a oportunidade de gozar de todos os benefícios que a propriedade intelectual oferece. Mais ainda: poderá licenciar sua patente a terceiros.

O titular da patente terá, por fim, os benefícios de uma apropriação de cunho monopolístico em detrimento das comunidades locais que desenvolveram e usaram os conhecimentos de forma livre, e que não gozarão de nenhum dos benefícios que o patenteamento possa oferecer.

Movidos pelo afã de armar-se contra quem contestar sua titularidade, os laboratórios, por ironia, justamente nos países em desenvolvimento, portanto, de onde extraem indevidamente tais informações, cobram preços relativamente altos, se comparados aos países desenvolvidos. Dessa forma, os consumidores dos países em desenvolvimento pagam preços elevados

por produtos que em realidade contribuíram no conhecimento e geração do benefício patentado.

Os laboratórios internacionais garantem em seus países de origem as patentes que serão justamente confrontadas nos países onde os conhecimentos tradicionais se desenvolveram. E já não será possível, em tese, às comunidades produtoras do conhecimento, gerarem alguma propriedade intelectual a respeito dessas informações e muito menos vendê-las aos países-sede dos laboratórios, que se aproveitam e que impõem preços, à sua maneira, a quem queira comprar.

O produto protegido de outro modo, além de patenteamento, como seria o caso de sementes, a despeito dos genes originarem dos países em desenvolvimento, se quiserem comprar dos titulares das patentes algum tipo de semente, sequer poderão conservar e reutilizar a semente. Dessa forma, os custos serão sempre maiores, à medida que são as sementes utilizadas, além de criarem uma verdadeira dependência, a dependência tecnológica dos titulares dos direitos. Esse fenômeno recebeu o sugestivo nome de *transferência inversa de tecnologia*. Entenda-se a inversão tecnológica inversamente transferida: países em desenvolvimento transferem conhecimentos e então a tecnologia fica com o rico mundo desenvolvido. Esse conhecimento contribui enormemente para a economia e para o desenvolvimento social dos países ricos, enquanto os países em vias de desenvolvimento obtêm pouca ou nenhuma vantagem ou recompensa pelo conhecimento desenvolvido. Em verdade, pagarão proporcionalmente os países em desenvolvimento muito mais pelo uso do produto ou do processo. Além dos custos altos resultantes dos preços elevados, os países em desenvolvimento terão que pagar pelo eventual licenciamento do uso da patente em seu território, mediante a industrialização ou manufatura.

A proteção de interesses privados dos laboratórios multinacionais por patentes acaba, igualmente, por limitar a capacidade dos países produtores dos conhecimentos tradicionais de usar procedimentos e produtos próprios, ainda que tenha sido o produtor da informação. É o caso de uma planta comumente usada e agora com patenteamento feito, que causará a

impossibilidade teórica do uso do conhecimento tradicional da própria planta e de todo o uso sustentável da biodiversidade.

Depois de formular condições objetivas e algumas conclusões ao longo do texto, é-nos lícito dizer que a concessão em larga escala de patentes relativos a genes e outros materiais biológicos leva, ainda, a uma concentração nas mãos de poucas multinacionais, como é o caso do milho, da batata, da soja e do trigo. Não se deve esquecer que as cinco maiores sociedades multinacionais da biotecnologia agrícola detêm 60% do mercado mundial de pesticidas, 23% do mercado de sementes comuns e virtualmente 100% do mercado de sementes transgênicas.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANAYA FRANCO, Eduardo. Imperialismo, industrialización y transferencia tecnológica en el Perú. Lima: Editorial Horizonte, 1982.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ARIAS PEÑATE, Salvador. Biotecnología. São José da Costa Rica: Editorial DEI, 1990.

ARROYO, Gonzalo. La biotecnología y el problema alimentario en México. México: UAM, 1989.

BALLETI, Franca. Sapere tecnico sapere locale. Florença: Alinea, 2007.

BARTON, John H. La adaptación del sistema de propiedad intelectual a las nuevas tecnologías. Revista del Derecho Industrial, n] 44/45, maio-dezembro de 1993. Depalma, Buenos Aires. P.311-343.

BARBIERI, José Carlos. Produção e transferência de tecnologia. São Paulo: Ática, 1990.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARCELLONA, Pietro. et alii. El derecho ante la biotecnología. Barcelona: Icaria, 2008.

BARROS, Benedita da Silva. GARCÉS, Claudia Leonor López. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. PINHEIRO. Antônio do Socorro Ferreira. Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais. Belém: Museu Emilio Goeldi, 2007.

- BECHER, Tony. Tribus y territorios académicos. Trad. Andrea Menegotto. Barcelona: Gedisa, 2001.
- BELLO, Angela Ales. Culturas e religiões. 2ª ed. Trad. de Antonio Angonese. São Paulo: EDUSC, 1998.
- BERGEL, Salvador Darío. Battioli, Emilio L. En torno del abuso de derechos de propiedad intelectual y la competencia. Revista del Derecho Industrial nº 43, janeiro-abril de 1993.
- BETANCOURT POSADA, Alberto; CRUZ MARÍN, José Efraín. Del saber indígena al saber transnacional. México: UNAM, 2009.
- BISBAL, Joaquim. VILADÀS, Carles. Derecho y tecnología: curso sobre innovación y transferencia. Barcelona: Ariel, 1990.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Contratos de licencia y detransferencia detecnología en el derecho privado. 2ª. Buenos Aires: Heliasta, 1994.
- CASO, Roberto. Ricerca scientifica pubblica, trasferimento tecnologico e proprietà intellettuale. Bolonha: Il Mulino, 2005.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- CORREA, Carlos M. Nuevas tendencias sobre patentes de invencion em América Latina. Revista del Derecho Industrial, nº 39, setembro-dezembro de 1991. Depalma, Buenos Aires. P. 417-457.
- DONATO, Luz Marina. et alii. Mujeres indígenas, territorialidad y biodiversidad en el contexto latinoamericano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007.
- ELLUL, Jacques. A técnica e o desafio do século. Trad. Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.
- ESTEBAN PÉREZ, Miguel. Manual de los derechos intelectuales en la República Dominicana. São Domingos: Trajano Potentini ,2005.
- FAUSTO NETO, Antonio et alii. Anais do Encontro nacional de unidades de assessoria e transferência de conhecimentos tecnológicos e sociais. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.
- FERNÁNDEZ, R. Tecnologia Aquisição, desenvolvimento, proteção, transferência e comercialização. Rio de Janeiro: Firjan, 1998.
- FERRAZ, Maria Cristina Comunian Ferraz. BASSO, Heitor Cury. Propriedade intelectual e conhecimento tradicional. São Carlos: UFSCAR, 2011.

- FERRETI, Degmar Aparecida. La protección jurídica de los conocimientos tradicionales. Curitiba: Juruá, 2013.
- FLORES, César. Contratos internacionais de transferência de tecnologia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- FODELLA, Gianni. Diffusione della tecnologia e organizzazione nello sviluppo econômico. Milão: Giuffrè, 1988.
- FONTE, Maria. Organismi geneticamente modificati. Milão: Franco Angeli, 2004.
- GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. Legitimación de conocimientos tradicionales. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.
- GRENIER, Louise. Conocimiento indígena. Trad. Oscar Chavarría Aguilar. Cartago: Editorial Tecnológica de Costa Rica, 1999.
- HANNIGAN, John. Sociologia ambiental. Trad. Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009.
- IACOMINI, Vanessa. Biodireito e o combate à biopirataria. Curitiba: Juruá, 2009.
- KHOR, Martin. Proprietà intellettuale, biodiversità e sviluppo sostenibile. Trad. Raffaella Patriarca. Milão: Baldini, 2004.
- KOSZUOSKI, Adriana. Conhecimentos tradicionais. Cuiaba: Carlini & Caniato, 2006.
- LEMONS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- LITTLE, Paul E. Conhecimentos tradicionais para o século XXI Etnografias da interculturalidade. São Paulo: Annablume, 2010.
- LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. Antropología, etnomarxismo y compromiso social de los antropólogos. México: Ocean Sur, 2010.
- MAGALHÃES, Luís Mauro Sampaio. Arborização e Florestas Urbanas-Terminologia Adotada para a Cobertura Arbórea das Cidades Brasileiras. Série Técnica, Florestas e Ambiente, p. 23-26, 2006.
- MICHAUD, Yves. Qu'est-ce que les technologies? V. 5. Paris: Editions Odile Jacob, 2001.
- MIES, MARIA, SHIVA, VANDANA. Ecofeminismo. Trad. Fernando Dias Antunes. Lisboa: Piaget, 1993.
- MORAN, Emilio F. OSTROM, Elinor. Ecosistemas florestais. São Paulo: Edusp, 2009.
- MOREIRA, Eliane. Conhecimento tradicional e a proteção. Revista T&C Amazônia. nº 11, junho de 2007. p. 33-41.

*Conhecimentos tradicionais, biotecnologia e Transferência Inversa de Tecnologia*

---

- PLATIAU, Ana Flávia Barros. VARELLA, Marcelo Dias. Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PRADO, Mauricio Curvelo de Almeida. Contrato internacional de transferência de tecnologia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PRENTIS, Steve. Biotecnologia. Barcelona: Salvat, 1986.
- RAPELA, Miguel Angel. Derechos de propiedad intelectual em vetegales superiores. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- RAMOS, Arthur. As culturas européias e europeizadas. Rio de Janeiro: CEB, 1975.
- RIOS, Montserrat. DE LA CRUZ, Rodrigo. MORA, Arturo. Conocimiento tradicional y plantas útiles del Ecuador. Quito: Abya-Yala, 2008.
- GONZÁLEZ GRANDIÓN, Ximena Andrea. Legitimación de conocimientos tradicionales. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2011.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Biotecnología y derecho. Bilbao: Comares, 1998.
- SACARRÃO, Germano da Fonseca. A Bio-Ecologia da água. Lisboa: Secretaria de Estado do Urbanismo e Ambiente, 1982.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito industrial, concorrencial e interesse público. Revista de Direito Público da Economia nº 7, julho/setembro de 2004. Belo Horizonte, editora Fórum.
- SANCHEZ, Enrique. ROLDAN, Roque. SANCHEZ, Maria Fernanda. Derechos e identidad. Bogotá: Disloque, 1993.
- SCARDI, Vincenzo. Introduzione alla biotecnología. Milão: Garzanti, 1989.
- SHERWOOD, Robert M. Propiedad intelectual y desarrollo económico. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1995.
- SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética e biosegurança. São Paulo: Gaia, 2006.
- SILVA, José de Arimatéa. Organizações da Administração Florestal Federal no Brasil: e (in)volução 1912-2014. Gráfica Drumond, 2014.
- SILVA, José Robson da. Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. Propriedade intelectual e biotecnología: aspectos jurídicos e éticos. Notícia do direito brasileiro, nº 5, 1 semestre de 1998. P. 91-115.

- SILVA, José Robson. Paradigma Biocêntrico: do Patrimônio Privado ao Patrimônio Ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SIVERA TEJERINA, Maria Asuncion. Los cambios técnicos de la agricultura en el termino rural de Malaga: Siglos XVIII-XIX. Málaga: Grafima, 1988.
- SOUZA, Allan Rocha de. Direitos culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2013.
- TOBON, Natalia. Los conocimientos tradicionales como propiedad intelectual en la Comunidad Andina. Derechos intelectuales. Buenos Aires: Astrea, 2003. P. 135-151.
- VALLE, José Ribeiro do. A farmacologia no Brasil. São Paulo: DAG, 1978.
- VINATEA MEDINA, Ricardo G. Propuestas para la protección jurídica de los conocimientos tradicionales en el marco del tratado de libre comercio Perú-EE. UU. Lima: Edição do autor, 2008.
- WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Patentes & conhecimento tradicional. Curitiba: Juruá, 2009.
- WIONCZEK, Miguel S. BUENO, Gerardo M. NAVARRETE, Jorge Eduardo. La transferencia internacional de tecnología – el caso de México. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- WITKOWSKI, Nicolas. Ciencia e tecnologia hoje. São Paulo: Ensaio, s/d.
- ZANIRATO, Silvia Helena. RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual das organizações multilaterais. Revista Ambiente & Sociedade. V X, nº I, janeiro-novembro de 2007. pa. 39-45.



---

# *COSA NOSTRA REVISITADA: POLÍTICA ANTIMÁFIA ITALIANA*

---

*Cesar Caldeira<sup>1</sup>*

## **INTRODUÇÃO:**

O reconhecimento judicial da existência da organização *Cosa Nostra* ocorreu apenas em 1992. A criação de um tipo penal autônomo para combater a máfia surge em 1982 e, nos dez anos seguintes, 114 novas leis trataram da matéria de maneira direta ou indireta. O sucesso do filme *O Poderoso Chefão*, em 1972, chamara a atenção mundial para a Máfia siciliana que atuava há mais de um século.

Por que o Estado italiano e a sociedade civil siciliana levaram tanto tempo para tentar impor a legalidade em seu território? Por que a política antimáfia foi, e continua a ser, episódica e reativa a rumores assassinos ou escândalos políticos que mobilizam a mídia e a opinião pública? Quais obstáculos políticos foram usados e com quais efeitos para evitar a implementação da política antimáfia? Essas perguntas são foco tradicional da criminologia quando indaga sobre as causas do crime e sobre respostas institucionais por sanções penais que ocorreram. Essas indagações dizem também respeito à atuação do sistema de justiça que implementa, ou não, a política criminal antimáfia em relação a criminosos poderosos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Prof. Associado da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor do Mestrado Direito e Políticas Públicas. Mestre pela Yale Law School (EUA). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

<sup>2</sup> Nesta pesquisa o termo “criminosos poderosos” é usado para indicar os delinquentes ou ofensores que são dificilmente condenados devido aos recursos que dispõem para evitar que as informações sobre suas atividades cheguem às agências do sistema criminal para que possam então serem usadas como provas para suas condenações. É neste sentido que o criminólogo britânico John Lea propõe o emprego do termo: “For the purposes of this discussion we shall define powerful offenders as those whom it is difficult to convict because of the resources at their disposal to prevent information about their activity reaching the criminal justice agencies and which could then be used as a basis for their prosecution” (LEA, 2005).

O contexto histórico europeu condicionou mudanças na Itália. Em 1992, a globalização econômica e financeira estava consolidada. O estado italiano preparava-se, então, para integrar a União Europeia. A guerra fria terminava com a desintegração da União Soviética e a queda do muro de Berlim. O anticomunismo deixaria de ser um elemento estruturante do jogo partidário. Por outro lado, o combate ao tráfico de drogas estava na agenda política internacional e a colaboração internacional se intensificava devido ao caráter transnacional da criminalidade dos “poderosos”, que envolvia lavagem de dinheiro, evasão de taxas, corrupção política-administrativa, etc.

No foco deste estudo estão a dinâmica da política antimáfia e o persistente uso por criminosos poderosos de recursos, em diferentes situações, com o fim de obstruir a justiça criminal e de assegurar a impunidade. É indispensável ser considerado o tipo de crime que supostamente ocorreu e a complexidade das provas exigidas para se obter condenações. E ainda, as dificuldades em encontrar os supostos autores e os recursos financeiros, políticos e militares que os delinquentes têm para evitarem as prisões e a persecução penal.

Lea (2005) propõe uma classificação para auxiliar o mapeamento de como “criminosos poderosos” podem intervir: a) obstruir testemunhos: circunstâncias em que os delinquentes tem capacidade de tomar providências diretas para impedir que informações ou pistas cheguem aos investigadores de indivíduos ou grupos que tem informações ou pistas importantes e que as comunicariam às autoridades se não fossem devido às fortes privações que os criminosos podem impor. b) obstruir a atuação do sistema de justiça criminal: situação em que o criminoso é capaz de tomar providências que impossibilitem os investigadores de usar as informações que possuem ou tomam outras medidas que efetivamente levam ao fim das investigações ou inquéritos. c) ocultar o autor do crime: caso em que o crime é conhecido, mas a situação na qual ocorreu se torna difícil identificar quem responsável pelo crime praticado. d) ocultar o fato criminoso: situação na qual o criminoso oculta aspectos do crime disfarçando-o como atividade normal e legítima.

Na primeira seção, apresenta-se a *Cosa Nostra* como uma organização criminosa, socialmente enraizada na Sicília após a unificação da Itália em 1861. Um aspecto que merece destaque é sua participação nas

negociações políticas e na manutenção da “ordem” sustentada por extorsões e o recurso à violência privada. Mencionam-se ainda perspectivas criminológicas desenvolvidas para analisar o crime organizado e seu impacto na persecução penal em Palermo. Na segunda seção, aborda-se a cultura do silêncio imposta na Sicília e o julgamento dos mafiosos em 1968 e o maxiprocesso de 1986-87. O foco está na nas chamadas “guerras da máfia” e as mudanças legais e institucionais que surgiram em reação aos acontecimentos. No centro da discussão está um exame do chamado, na Itália, de “método mafioso”. Na terceira parte, analisa-se a impunidade criminal com relação à corrupção política-administrativa e ao uso da chantagem à violência. Destaca-se a máfia política e sua atuação na construção imobiliária e o julgamento de Giulio Andreotti<sup>3</sup>. Por último, apresenta-se o inconcluso “processo da *trattativa*” que visa julgar o suposto pacto entre a *Cosa Nostra* e autoridades públicas para acabar com a estratégia do massacre (*strategia stragista*) e obter afinal a *pax mafiosa*. Na conclusão, avalia-se política antimáfia em relação ao uso da violência criminal visível e a contenção da máfia siciliana em suas atividades empresariais ilícitas e na política italiana.

## I: RECONHECIMENTO DO PROBLEMA: LA MAFIA È POLITICA

A máfia é política, no sentido de que está envolvida nos esquemas políticos dominantes, pelo menos desde a unificação do Estado. Em 1871, o procurador geral de Palermo, Diego Tajani, afirmou: “A máfia na Sicília não é perigosa e invencível em si mesma. É perigosa e invencível porque é um instrumento de governo local” (DICKIE, 2004, p.73).

A organização não tem programa político ideológico, mas assume uma postura conservadora de viés tradicionalista. Participa dos negócios políticos para assegurar sua sobrevivência, impunidade e prosperidade. A partir de seus interesses, corrompe qualquer autoridade ou partido político no nível local, regional ou nacional.

<sup>3</sup> Líder do Partido Democrata-Cristão italiano (DCI), Andreotti foi primeiro-ministro nos períodos de 1972-1973, 1976-1979 e 1989-1992. Foi um dos protagonistas da política italiana no pós-guerra. Teve uma trajetória política que até hoje desperta polêmicas. Chamavam-lhe “divino” – *Divo Giulio* (do latim *Divus Iulius*, usado para César) –, mas também “Príncipe das Trevas” ou “O Papa Negro”.

Diogo Gambeta, no seu livro *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection* (1996), apresenta uma interpretação em que a organização fornece um serviço (proteção privada) que não é garantido pelo Estado italiano. Seria uma empresa econômica específica que produz, promove e vende proteção privada e protege os direitos de propriedade e transações econômicas, tanto legais como ilegais.

Esta visão leva em conta o efetivo controle territorial pela máfia e visa explicar porque o domínio da organização só poderia ser obtido com o explícito ou implícito apoio de segmentos da população, do governo e atores econômicos.

Esta é uma explicação “benigna” para sua longevidade na medida em que a máfia estaria respondendo a uma necessidade de proteção ao invés que aproveitar-se das oportunidades para praticar extorsões e abuso de poder. A organização seria uma espécie de governo alternativo que imporia taxas e violência – dois tradicionais monopólios do Estado.

A analogia da organização mafiosa com um “estado paralelo” não é adequada em dois pontos. Primeiro, porque em regra o Estado não garante transações ilegais com mercadorias ilícitas ou operações ilegais em mercados lícitos. Segundo, na prática cotidiana a organização cobra “proteção” em relação a danos que ela mesma causa (*racketeering*), extorque empresários com o *pizzo* (uma percentagem do negócio)<sup>4</sup> e usa violência e até assassinatos para se impor.

Desde o século XIX a máfia siciliana é considerada uma associação de malfeitores (*malfattori*) pelo enquadramento penal da época. Existe um contrato de fraternidade, com iniciação e adesão cerimonial.

*A célula de base da Cosa Nostra é assim, a família, com seus valores tradicionais: a honra, o respeito pelos laços de sangue, a fidelidade, a amizade. Ela pode contar de duzentas a trezentas pessoas, sendo a média cinquenta. Cada família tem o controle de uma porção do território sobre o qual nada pode acontecer sem o conhecimento prévio do chefe (PADOVANI, FALCONE, 1993, p.84).*

Também existiu ao longo do tempo um grupo governante independente

---

<sup>4</sup> Estima-se que a Cosa Nostra obtenha cerca de 160 milhões de euros por ano com extorsões em Palermo.

que regula as atividades das *famiglie*<sup>5</sup> associadas. Portanto, um dos seus traços característicos é a hierarquização.

Em 1957, numa reunião realizada em Palermo, membros enviados da *Cosa Nostra* americana aconselharam aos sicilianos a adotarem uma Comissão centralizada, onde teriam assento os representantes das *famiglie*, que ajudaria a resolver os problemas internos e unificar a organização.

Na discussão norte-americana sobre a Máfia na década de sessenta do século passado, feita a partir dos Comitês do Senado que interrogaram ex-mafiosos como Joe Valachi, surgiu o modelo “burocrático”. Donald Cressey, em seu livro *Theft of the Nation* (1969), descreve o crime organizado mais ou menos como uma burocracia formal: com se tivesse a forma de uma pirâmide, uma hierarquia estável, clara divisão de tarefas, códigos de conduta e sanções internas e externas. Esta visão é ainda encontrada na mídia e operadores da justiça criminal. Na literatura criminológica foi alvo de críticas pelos que postulavam o modelo de “empresa ilícita” na década de setenta e as pesquisas empíricas realizadas.

Na criminologia, uma alternativa teórica surge ao se mudar a pergunta-chave do modelo burocrático: quem manda? Passa-se a indagar: quem é dependente de outro? E por que razão? Volta-se a atenção para a relação entre os delinquentes e seus recursos, tais como contatos, dinheiro e conhecimento. Nesta perspectiva busca-se desvelar a estrutura organizacional ao invés de supô-la ser pré-determinada ou conhecida.

A análise de redes criminais baseada em “contatos” entre supostos criminosos tem avançado muito. Porém, do ponto de vista da prática da justiça criminal é indispensável chegar ao conteúdo real das transações, o que se faz, por exemplo, com as “colaborações premiadas” (*collaboratori di giustizia*).

No “maxiprocesso” criminal em Palermo (1986-87) a promotoria, a partir do depoimento de Tommaso Buscetta, argumentou que a *Cosa Nostra* existia e consistia numa estrutura piramidal unificada, chefiada pela Comissão, cujas ordens eram cumpridas pelos “soldados”. Conseqüentemente, a denúncia dos promotores foi feita contra toda a *Cosa Nostra*, inclusive os mais importantes chefes e a Comissão. Na primeira decisão o Tribunal

---

<sup>5</sup> PAOLI, 2004, p.20. Essas ‘famílias’ (famiglie ou cosche) não se confundem com as famílias biológicas dos membros.

de Palermo aceitou esta argumentação, que ficou conhecida como o “teorema de Buscetta”: numa organização criminosa unificada, guiada pela Comissão, seus participantes eram legalmente responsáveis pelas ações executadas pelos soldados e outros *mafiosi* sob seu comando.

## **II: A CULTURA DO SILÊNCIO E IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA ANTIMÁFIA**

A omissão de informações por parte de amplos segmentos da sociedade civil inviabiliza a efetiva investigação e controle policial de crimes. E assegura, por consequência, o não reconhecimento de padrões de criminalidade. Na Itália negou-se a existência da máfia siciliana por bem mais de um século.

Em dezembro de 1962, iniciou-se em Palermo a chamada “primeira guerra da máfia” – uma disputa entre duas *famiglie* sobre perdas de heroína em um embarque para Nova York e a morte do mafioso Calcedonio de Pisa<sup>6</sup>. Mortes aconteceram entre as partes em Palermo e seus subúrbios até que uma bomba em Caiculli matou sete policiais. As autoridades passaram a intervir com policiais e prenderam cerca de 2000 pessoas<sup>7</sup>. Chefes mafiosos se esconderam ou fugiram para outros países. Uma comissão de inquérito parlamentar que havia sido formada em 1962, passou a funcionar em 1963 em menos de uma semana após o “massacre”. Porém somente concluiu suas investigações, um relatório de quarenta volumes, em 1976. Em 1965 foi aprovada a Lei 575 que estipulava que suspeitos de pertencerem à Máfia poderiam ser forçados a viverem longe de suas casas e cidades. Esta medida era justificada por supostamente quebrar o contato entre os mafiosos e a sociedade siciliana. Dúzias de mafiosos foram realocadas em “residências obrigatórias” na península. O efeito perverso desta medida de exílio interno foi o estabelecimento de novas bases de operações da Máfia pela Itália<sup>8</sup>.

Em 1968 houve o julgamento em Catanzaro, na Calábria, de 117 acusados de pertencerem à máfia e participarem da “primeira guerra”. Somente

---

<sup>6</sup> DICKIE, 2004, p. 245.

<sup>7</sup> Ibid, p. 250.

<sup>8</sup> DICKIE, 2004, p.252.

alguns chefes mafiosos receberam penas longas, como Pietro Torreta – condenado por dois homicídios em sua cidade e Angelo La Barbera, que recebeu uma pena de 22 anos e meio. Dois mafiosos foram julgados in *absentia*: Greco e Tommaso Buscetta. Porém, o resto dos acusados foi absolvido ou recebeu penas curtas por serem membros de uma associação criminosa. Por terem esperado o julgamento na prisão, a vasta maioria foi imediatamente liberada por ter cumprido a pena. Neste julgamento histórico não houve suspeita de conluio entre o Judiciário e a Máfia<sup>9</sup>.

Três observações são importantes nesta tentativa de implementar a política antimáfia. Primeiro, era raro obter-se condenações antes do chamado “teorema de Buscetta”, elaborado pelo procurador Giovanni Falcone a partir de colaboração premiada obtida do mafioso. Segundo, a intimidação de testemunhas pela *Cosa Nostra* levou a retratações perante o Tribunal de depoentes que haviam trazido provas, previamente, às investigações. Terceiro, o juiz que avaliou inicialmente as provas e o juiz julgador não aceitaram a argumentação de que a *Cosa Nostra* era uma organização centralizada e hierárquica. O juiz na sentença final admitiu apenas que a máfia pudesse ser considerada “uma atitude psicológica ou a típica expressão de um individualismo exagerado”<sup>10</sup>.

A década de setenta foi marcada por lutas sociais e por atentados terroristas de direita (*Ordine Nuovo*, *Ordine Nero*, etc) e esquerda (Brigadas Vermelhas e *Prima Linea*). Entre 1969 e 1980 aconteceram 4.298 incidentes terroristas durante um período que é chamado de “estratégia da tensão”<sup>11</sup>.

Em resposta à violência terrorista foram feitas mudanças legislativas. O Decreto 99, de 1974, modifica o artigo 272 do Código de Processo Penal e passa a duração máxima da prisão preventiva para 4 anos, se a ordem de prisão for opcional e 20 anos se a ordem for compulsória. A Lei Bartolomei, de 14.10.1974, prevê a investigação sumária e reintroduz o interrogatório de polícia, com a presença do advogado. Em 22 de maio de 1975 é adotada a *Legge Reale*<sup>12</sup> que estabelece: no artigo 4º, a revista corporal pela polícia sem autorização judicial; no artigo 5º, a proibição de uso de vestimentas que não permitam a identificação da pessoa; artigo 6º, a ampliação da

<sup>9</sup> Ibid. p.255.

<sup>10</sup> DICKIE, 2004, p. 256.

<sup>11</sup> Somente no ano de 1977, cerca de 2.400 atos de violência ocorreram. (LANGFORD, 1985).

<sup>12</sup> Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico.

definição de “armas impróprias”, que permite a prisão de pessoas que as carreguem. E, por fim, a ampliação da faculdade dos agentes de polícia, para que possam disparar armas, quando se depararem com uma situação que possa resultar em crime.

A tipificação penal específica ocorreu apenas em 1982 com a lei Rognoni-La Torre, que introduziu a “associação de tipo mafioso”, moldada principalmente na experiência da *Cosa Nostra* siciliana<sup>13</sup>. No artigo 416 bis do Código Penal Italiano lê-se:

*A associação será de tipo mafioso quando os que dela fazem parte utilizarem-se da força ou intimidação do vínculo associativo, e das resultantes condições de submissão e de omertà que derivam dela para o cometimento de delitos, para aquisição direta ou indireta do controle das atividades econômicas, de concessão de autorização, empreitadas e serviços públicos, ou para conseguirem lucro ou vantagens injustas para si ou para outros, ou para impedir ou colocar obstáculos ao livre exercício do voto, ou de buscarem votos, para si ou para outros, em caso de pleitos eleitorais.<sup>14</sup>*

Quais foram as inovações trazidas pelo novo tipo penal? São três acréscimos em relação ao artigo 416 do Código Penal de 1930, que já indicava a necessária presença de três elementos: o vínculo associativo, a estrutura organizada e o programa criminoso. No artigo 416 bis, o vínculo associativo torna-se qualificado porque precisa ser estabelecido através da força ou intimidação, que causa a submissão e gera a *omertà* (código de silêncio) derivada do poder da intimidação.

Anteriormente esses elementos não eram puníveis pela legislação penal. Consequentemente, “a acumulação de uma série de fatos e sinais, que tomados separadamente não constituem crime, pode levar à acusação de associação criminal de tipo mafioso” (PADOVANI, FALCONE, 1993, p. 126). Estas são as características do “método mafioso”: *intimidazione; assoggettamento; omertà*. É uma forma de criminalidade.

---

<sup>13</sup> Esta lei foi aprovada dez dias após o assassinato do general Carlos Alberto Della Chiesa em Palermo pela *Cosa Nostra*. Pio La Torre era líder comunista na Sicília e deputado em Roma. Foi assassinado pela *Cosa Nostra* no dia 30 de abril de 1982 em Palermo.

<sup>14</sup> Aqueles que fazem parte de uma associação de tipo mafioso, formada por três ou mais pessoas, são punidos com uma pena de reclusão de três a seis anos. Os que promovem, dirigem ou organizam a associação são punidos por este fato com uma pena de reclusão de quatro a nove anos.

A intimidação opera interna e difusamente: ou seja, funciona desde dentro da organização até a população do território. Exemplo esclarecedor: o proprietário de valioso imóvel sucumbe pelo medo da organização e o vende a um chefe mafioso por preço muito abaixo do valor de mercado. Devido ao efetivo controle do espaço territorial, o proprietário e outros moradores, já submissos, recusam-se a colaborar com as autoridades em investigações de quaisquer crimes: é a solidariedade pelo medo, ou *omertà* (lei do silêncio)<sup>15</sup>. Ainda mais, agora o programa criminal pode incluir crimes relacionados com a área econômica e também os setores públicos e políticos. Assim, as atividades “mafiosas” variam de um grande elenco de atividades criminosas a negócios supostamente legais. Nos quatro anos seguintes aproximadamente 15 indivíduos foram indiciados por serem membros da máfia.

A interpretação e aplicação judicial do artigo 416bis foi alvo de muitos questionamentos e de polêmicas. Os investigadores precisavam de evidência da associação, ou seja, provar a conexão entre o método mafioso de obter lucro e os tipos de atividades ilegais que os membros da Máfia conduziam. Testemunhas não seriam necessárias e a persecução penal seria provada com base na documentação das operações econômicas e financeiras conduzidas pelos membros da associação mafiosa<sup>16</sup>.

Entre os documentos usados como evidência de associação mafiosa estavam cadernos de endereços de pessoas já condenadas por serem mafiosos e cartas de mafiosos notáveis. A fragilidade dessas provas foi algumas vezes demonstrada. E os promotores começaram cada vez mais a usar a colaboração processual dos *pentiti* (arrepentidos) para comprovar o vínculo associativo mafioso.

A trajetória das investigações conduzidas pelo procurador da república (juiz de instrução, no sistema italiano) Giovanni Falcone ilustra o contexto de violência e as mudanças da época em Palermo.

O procurador Cesare Terranova foi protagonista nas acusações aos mafiosos da primeira guerra da máfia e no julgamento de 1968. Depois de 7 anos como parlamentar em Roma, Terranova voltou a Palermo para

---

<sup>15</sup> Exemplo adaptado, originariamente citado em MAIEROVITCH, 1997.

<sup>16</sup> ENCICLOPEDIA GARZANTI DEL DIRITTO, 1997, nota 125, p. 737-739.

ocupar o cargo de chefe de investigações em junho de 1979. Meses depois, em 29 de setembro de 1979, foi assassinado no seu carro junto com seu motorista e guarda-costas. A ordem para o homicídio veio supostamente do mafioso Luciano Leggio, que foi submetido a julgamento por esse crime duas vezes, em 1983 e 1986, e absolvido por falta de provas nas duas instâncias.

O sucessor de Terranova foi Rocco Cinnici que nomeou Falcone para investigar o tráfico de heroína entre a Sicília e Nova York no *Ufficio Istruzione* de Palermo. O procurador chefe Gaetano Costa, que assinou os mandados de prisão de 53 mafiosos, foi morto durante o dia em 6 de agosto de 1980<sup>17</sup>. Dois policiais<sup>18</sup> que investigavam o caso de tráfico de heroína haviam sido anteriormente assassinados.

Em maio de 1982, o governo italiano enviou o general dos *carabinieri* Carlos Alberto Dalla Chiesa para reprimir a violência mafiosa, mas sem efetivos recursos para fazê-lo. O Prefeito Dalla Chiesa foi morto no centro da cidade em 3 de setembro de 1982. Chiesa estava com sua jovem esposa e o motorista, porém sem escolta policial. Após o atentado surgiram protestos populares contra a *Cosa Nostra* dirigidos aos políticos como o democrata cristão Salvo Lima, da corrente de Giulio Andreotti.

As investigações de Falcone<sup>19</sup> e Chinnici resultaram em 14 ordens de prisão, assinadas por ambos no dia 9 de julho de 1983, tendo à frente o chefe Michele Greco (conhecido como o *Papa*), que até pouco tempo atrás não era reconhecido pela polícia e estava foragido. No dia 21 de julho, Rocco Chinnici foi morto em seu carro por uma explosão de bomba junto com dois guarda-costas<sup>20</sup>.

Essas mortes ilustram a força de intimidação da *Cosa Nostra* em Palermo e resulta na submissão e no silêncio que impõe a todos.

---

<sup>17</sup> Foi morto à luz do dia, por dois mafiosos em uma vespa. Como sempre, a polícia não conseguiu testemunhas. Falcone já começara a entrevistar mafiosos na prisão de Ucciardoni em busca de informações sobre o tráfico de heroína. Não teve qualquer sucesso. Com a morte de Gaetano Costa, é obrigado a ser acompanhado por um guarda-costas, que o protege de atentados e começa a usar trajetos diferentes diariamente.

<sup>18</sup> Boris Juliano e Emanuelle Basile.

<sup>19</sup> Nesta época Falcone já recebia mensagens para gerar desconfiança na equipe escritas em papel do próprio Ministério Público. Ou seja, existiam inimigos do lado de fora e adversários “íntimos”.

<sup>20</sup> Antonio Caponnetto, magistrado de Florença, assume cargo de Chinnici e chefiará a equipe de procuradores durante o “maxiprocesso” de Palermo. A equipe chamada de pool antimáfia era composta por Giuseppe Di Lello, Leonardo Guarnotta, Paolo Borsellino e Giovanni Falcone – todos quatro juizes de instrução.

O procurador chefe Rocco Chinnici incentivou a criação de uma pequena equipe para conduzir as investigações, partilhar informações, discutir estratégias e assinar em conjunto as peças das ações (*pool antimáfia*). Inicialmente, Falcone examinou manualmente milhares de cheques bancários para entender a dinâmica interna e os objetivos da rede de pessoas envolvidas no tráfico de heroína e compilava os resultados em cadernetas<sup>21</sup>. Não dispunha de computador, o espaço do escritório era pequeno, poucos telefones estavam disponíveis e a proteção individual era inadequada. Em 1981 cerca de 120 indiciamentos estavam prontos, mas os acusados estavam sendo assassinados sistematicamente.

A “segunda guerra da máfia” estava começando em 1981, com uma disputa sangrenta entre os membros da organização em Corleone (liderados por Totó Riina) e chefes de Palermo sobre o tráfico de heroína internacional. Foram assassinados Stephane Bontade e, três semanas depois, Salvatore Inzerillo, ambos membros da Comissão (Cúpula) em Palermo. O terceiro chefe Gaetano Baldamenti fugiu.

No início de 1982 havia uma morte a cada três dias em Palermo: estava em andamento uma operação de extermínio (*mattanza*) comandada por Salvatore (Totó) Riina<sup>22</sup>. No verão de 1982, o investigador policial Antonino (Ninni) Cassará concluiu um relatório abrangente indicando 162 protagonistas nesta guerra<sup>23</sup>. É nesta mesma época que Falcone inicia investigações sobre os primos Antonio e Ignacio Salvo – importantes empresários na Sicília, que também controlavam a arrecadação de taxas<sup>24</sup> de Palermo. O parceiro político deles era o político Salvo Lima, ex-prefeito do partido da Democracia Cristã.

A violência a amigos e parentes de mafiosos enfraqueceu os laços sociais entre mafiosos e as autoridades buscaram os colaboradores da justiça. Anteriormente a polícia conseguia no máximo informantes

---

<sup>21</sup> Como não se podia seguir a droga, acompanhava-se os cheques identificando os envolvidos na rede de tráfico de heroína.

<sup>22</sup> Cerca de 300 membros das famílias de Palermo foram assassinados.

<sup>23</sup> Este documento ficou conhecido como “Relatório dos 162”. Ninni Cassará comandava um grupo responsável por prender fugitivos (*squadra mobile*). Foi assassinado pela Cosa Nostra em 1985, quando era chefe de polícia de Palermo. Outros policiais encarregados de prender fugitivos foram mortos, como Beppe Montana (chefe de polícia de Palermo) que havia prendido um parceiro empresarial de Michele Greco. Devido a brutalidade policial e violação de direitos de dois suspeitos as autoridades de Palermo extinguíram a equipe que capturava fugitivos mafiosos.

<sup>24</sup> O governo contratava com particulares para arrecadarem as taxas – um mecanismo antigo e lucrativo.

(*confidenti*) que não queriam ou não se esperava que testemunhassem nos processos. A opção por buscar os *collaboratori di giustizia* vinha da estratégia usada anteriormente para combater o terrorismo político (Decreto 625/1979)<sup>25</sup>. O dispositivo oferecia uma redução substancial da pena para quem fosse acusado de terrorismo ou subversão e entregasse evidência ao Estado. Era necessário para obter o benefício uma confissão completa, inequívoca ruptura de todos os contatos com as organizações terroristas e colaboração ativa para identificar comparsas anteriores e evitar mais violência. Se a colaboração auxiliasse a polícia e os procuradores a conseguirem “prova definitiva”, o autor poderia obter a redução da pena de um terço à metade. A pena de homicídio podia ser reduzida de prisão perpétua para uma pena de reclusão de doze a vinte anos.

Colaboração de mafiosos não estava prevista na Lei 15/1980. Mas o aumento da violência da *Cosa Nostra* suscitou a oportunidade de usar a colaboração premiada. Somente em 1991 a lei foi modificada para contemplar a colaboração dos mafiosos com a justiça. No início de 1992 a Corte de Cassação confirmou a validade dos depoimentos de Tommaso Busceta<sup>26</sup>.

No caso da *Cosa Nostra* significava a quebra da *omertà* – o código do silêncio -, principalmente em relação a não cooperar nunca com as autoridades policiais em investigações. Falcone já cooperava com o Departamento de Justiça americano, que estava conduzindo as investigações sobre o tráfico de heroína para Nova York, e ficou conhecida como a “conexão *Pizza*”. As autoridades americanas usaram o Programa de Proteção a testemunhas para proteger e também dar asilo a Tommaso Buscetta e Salvatore Contorno, evitando que fossem mortos pelos mafiosos de Corleone, dentro ou fora das prisões. As duas testemunhas foram muito importantes. Sobre Buscetta<sup>27</sup>, o procurador Falcone (1993, p.36) afirmou:

*Trouxe-nos uma enorme quantidade de confirmações sobre a estrutura, sobre o recrutamento, sobre as funções da Cosa Nostra.*

---

<sup>25</sup> Este decreto de dezembro de 1979 foi transformado na lei 15 em fevereiro de 1980. É importante destacar o assassinato do ex-primeiro ministro Aldo Moro em 9 de maio de 1978 pelas Brigadas Vermelhas que marca a crise do terrorismo italiano. É o momento em que o uso da violência política perde praticamente toda legitimidade ou apoio na Itália. Em 1978, as Brigadas Vermelhas e outros grupos armados de esquerda mataram 28 pessoas; 22 em 1979 e 30 em 1980 (GINSBORG, 2003, p. 385-386).

<sup>26</sup> MOSS, 2001, p. 297- 321.

<sup>27</sup> Trinta e sete parentes de Buscetta foram assassinados pela *Cosa Nostra* em retaliação a sua colaboração com Falcone.

*Mas, sobretudo, deu-nos uma visão global, larga, extensiva, do fenômeno. Confiou-nos uma interpretação essencial, uma linguagem, um código.*

A denúncia escrita por Falcone e Paolo Borsellino tinha 8.607 páginas e apêndices com mais de 4.000 páginas que incluíam documentos e fotografias. Na fase final da redação da acusação, ambos foram com suas famílias se refugiarem na prisão de segurança máxima na ilha de Asinara<sup>28</sup>. Ao término do trabalho foram acusados 475 supostos membros da máfia, dos quais 460 estavam presos.

O maxiprocesso foi realizado entre fevereiro de 1986 e dezembro de 1987, num *bunker*, capaz de resistir a ataques de mísseis, construído especialmente para o julgamento dentro da área cercada da prisão de Ucciardoni. Havia tanques e helicópteros em Palermo; segurança visível 24 horas por dia de 3.000 soldados armados. Foi uma exibição de força do Estado e houve enorme cobertura da mídia com cerca de 600 jornalistas.

Os advogados da *Cosa Nostra* usaram todos os recursos possíveis para retardar o andamento do processo. Entre outras manobras forenses, os advogados peticionaram para que o inteiro teor de todos os documentos relacionados à acusação de todos os réus fosse lido com a finalidade de informar ao júri de todas as controvérsias e detalhes do processo. O objetivo dos advogados era esgotar o tempo destinado à prisão preventiva para inúmeros acusados. Esta procrastinação só foi superada quando, num excepcional acordo entre partidos políticos, conseguiu-se alterar a legislação processual penal sobre prisão preventiva em fevereiro de 1987.

A lei passou também a limitar a obrigação de produção de documentos em juízo enquanto o processo está em andamento. Estas regras passaram a vigorar imediatamente<sup>29</sup>.

Mais de mil depoimentos foram dados no julgamento, inclusive o de Tommaso Buscetta, que durou uma semana e foi transmitido ao vivo pela televisão. Mas poucas vítimas da *Cosa Nostra* tiveram coragem de prestar depoimentos, mesmo mães se recusaram a falar sobre as mortes de seus filhos. Porém, depoimentos de “soldados” esclareceram que casos de

---

<sup>28</sup> O Procurador Chefe Caponnetto recebeu a informação de que desde a prisão de Ucciardone vieram ordens para o imediato assassinato de Falcone e Borsellino e resolveu colocá-los no “seguro”.

<sup>29</sup> JAMIESON, 1999, p. 3.

pessoas que “desapareceram” eram, na verdade, homicídios, em geral por estrangulamento, em que se jogava o corpo num latão de ácido para liquefazê-lo e jogá-lo em alguma vala ou poço (*Iupara bianca*).

Sentenças condenatórias foram obtidas<sup>30</sup> para 360 mafiosos<sup>31</sup>, dentre eles o chefe Michele Greco, de Ciaculli, e o assassino Giuseppe Marchese. Totò Riina e Bernardo Provenzano foram condenados *in absentia*. Dezenove acusados foram condenados a penas perpétuas. Outros 114 acusados foram liberados por insuficiência de provas, inclusive Luciano Liggio, da família de Corleone, que fora acusado de comandar operações de dentro da prisão. Absoluções como esta sugerem que houve cautela no exame das provas e dos depoimentos dos colaboradores da justiça durante o julgamento.

A observância do devido processo legal e o comedimento no uso dos depoimentos dos colaboradores da justiça é sempre crucial em qualquer investigação e no julgamento dos casos. É indispensável verificar qualquer suspeita de falsa imputação de crime às pessoas ou informações inverídicas sobre a estrutura da organização criminosa. Nesse sentido, os advogados da *Cosa Nostra* regularmente questionaram os depoimentos e lançaram suspeitas sobre os colaboradores, como ocorreu no maxiprocessos em Palermo.

Lamentavelmente na época estava também em andamento um processo que envolvia um apresentador de um programa nacional de televisão: Enzo Tortora. Em junho de 1983, Enzo foi preso sob a alegação de que participava de tráfico de heroína com a *Nuova Camorra Organizzata* de Nápoles. As informações sobre o apresentador de TV vieram de depoimentos de *pentiti*. Objetivamente havia apenas a anotação de um nome e telefone numa caderneta. Em 1985, no primeiro julgamento, foi condenado a dez anos de prisão. Cumpriu sete meses de pena. O Partido Radical iniciou uma campanha de apoio a Enzo que obteve repercussão<sup>32</sup>. Enzo Tortora foi absolvido no Tribunal de Apelação e na Corte de Cassação. A investigação criminal tinha sido precária e equivocada. Não se quebrou o sigilo telefônico do acusado nem suas movimentações bancárias foram verificadas. Quando a perícia examinou a caderneta constatou que o

---

<sup>30</sup> Os procuradores Falcone e Borsellino atuaram na investigação e preparação do maxiprocessos. No julgamento em Palermo atuaram os promotores do Ministério Público Giuseppe Pignatone e Gaetano Priulla.

<sup>31</sup> Foram condenações por 120 homicídios, por 346 casos de associação criminosa de tipo mafioso (art. 416bis do CP), e ainda, extorsão e tráfico de drogas.

<sup>32</sup> Enzo Tortora foi eleito pelo Partido Radical para o Parlamento Europeu, o que propiciou imunidade à prisão.

nome era Tortona. Os *pentiti* pareciam ter decorado uma narrativa e não respondiam a várias perguntas na ocasião dos julgamentos dos recursos<sup>33</sup>.

Apesar desse avanço na implementação da política antimáfia no maxiprocesso de Palermo o desafio continuava enorme. Em 1986 estimava-se que cerca de 12,5% do Produto Nacional Bruto italiano era resultado de atividades criminosas. Aproximadamente metade vinha do tráfico de drogas, e o restante de extorsão, furtos, sequestros e pagamentos ilegais em troca de favores<sup>34</sup>.

Em 1989, a Comissão Antimáfia do Parlamento italiano contratou o instituto de pesquisa Censis para avaliar o alcance do controle territorial mafioso. Foram usadas estatísticas criminais para identificar as áreas urbanas e rurais em que os grupos atuavam no sul do País. Em Palermo, o relatório afirma que 80% das empresas pagavam proteção à *Cosa Nostra*. Considerando-se a identificação de 610 distritos sob a dominação das organizações criminosas, estimou-se que 9 milhões de habitantes tinham suas vidas cotidianas condicionadas ou submissas a esses poderes efetivos porém ilegais<sup>35</sup>.

As estatísticas oficiais sobre o número de condenações na Sicília no período 1982-2001 por associação criminal do tipo mafioso são crescentes como evidencia o quadro seguinte<sup>36</sup>:

1982 -1991	1992-1996	1997-2001	1982-2001 (Total)
229	681	1214	2124

Por um lado, a partir dos anos oitenta, começa a mobilizar-se na sociedade de Palermo um movimento antimáfia, mais orientado pela ética e civismo do que pela política. É uma tentativa social de afirmar o princípio da legalidade republicana. São criados grupos nas escolas, universidades e centros culturais. Nas eleições de Palermo vence Leoluca Orlando, do

<sup>33</sup> MAIEROVICH (2015) alerta seus leitores para o caso em seu artigo O efeito Tortora, na revista Carta Capital.

<sup>34</sup> Apesar desse avanço na implementação da política antimáfia no “maxiprocesso” de Palermo, em 1986 estimava-se que cerca de 12,5 % do Produto Nacional Bruto italiano era resultado de atividades criminosas. Aproximadamente metade vinha do tráfico de drogas, e o restante de extorsão, furtos, sequestros e pagamentos ilegais em troca de favores (GINSBORG, 2003, p. 424).

<sup>35</sup> KINGTON, 1989.

<sup>36</sup> ACCONCIA, IMMORDINO, PICCOLO, REY, 2009, p.5.

Partido da Democracia Cristã, que apresentava uma posição antimáfia. Por sua iniciativa o Conselho da cidade foi representado como apoiador no maxiprocesso. Entre 1984 e 86, o período ficou conhecido como a “Primavera de Palermo”. A institucionalização desses apoios antimáfia em associações, centros, coalizões e mobilizações em campanhas constituem componentes que fortalecem a política pública de combate à violência e corrupção<sup>37</sup>.

Por outro lado, após o julgamento novos obstáculos surgiram à continuidade das investigações sobre a *Cosa Nostra*. Antonio Caponnetto, procurador chefe durante o maxiprocesso, decide se aposentar e voltar para Florença e sua família depois de quatro anos e meio em Palermo. Tudo parecia acertado para que Falcone o sucedesse como procurador chefe em 1987. Manobras políticas foram feitas e o resultado da eleição no Conselho Superior da Magistratura foi desfavorável: Antonino Meli obteve 14 votos, Falcone, 10 e as abstenções foram 5. A justificativa para a decisão foi o vencedor ter mais anos de serviço. Paolo Borsellino protestou publicamente contra o resultado<sup>38</sup>.

Antonino Meli iniciou o processo de desmonte do *pool antimafia*. O novo procurador chefe Meli negou o princípio norteador das acusações de Falcone – a natureza unitária da *Cosa Nostra* – e acolheu a tese de que era um agrupamento de bandos. A partir desta perspectiva, Meli fragmentou o processo e o distribuiu para vários uffici, levando à perda de um fio condutor nas investigações<sup>39</sup>. Publicamente, Falcone passa a ser acusado de “culto à personalidade” e de ter “intenções políticas” inconfessáveis.

Durante 1988 Falcone colaborou com Rudolph Giuliani, na época Promotor, para o Distrito do Sul de Nova York, nas operações *Iron Tower* contra as *famiglie* Gambino e Inzerillo envolvidas com tráfico internacional de heroína.

Em 1989 uma campanha é posta em marcha para desprestigiar Falcone a partir de uma carta anônima de alguém que assinou como Corvo - um episódio que não foi inteiramente esclarecido. Em 20 de julho de 1989 Falcone e sua mulher escapam de um atentado na vila de Addura, que não teve investigações conclusivas. Um clima hostil se mantém no palácio da

---

<sup>37</sup> SCHNEIDER, SCHNEIDER, 2001, p.427.

<sup>38</sup> Desde dezembro de 1986, Borsellino torna-se chefe da Procuradoria na importante cidade de Marsala, na província de Trapani onde continuou a investigar atividades da *Cosa Nostra*.

<sup>39</sup> Vide: [http://www.fondazionefalcone.it/page.php?id\\_area=19&id\\_archivio=34#sthash.16pi0lib.dpuf](http://www.fondazionefalcone.it/page.php?id_area=19&id_archivio=34#sthash.16pi0lib.dpuf)

Justiça de Palermo neste período, principalmente devido a confrontos com o *Procuratore Capo* Piero Giammanco. Decepcionado, isolado e vulnerável Falcone aceita uma transferência para Roma, em 1991, onde passa a ser diretor de assuntos penais do Ministério da Justiça. Neste período ajuda a criar a Divisão Nacional Antimáfia e um regime disciplinar carcerário diferenciado (cárcere duro) para mafiosos e terroristas (41bis). Falcone pressiona ainda pela criação de uma lei de proteção às testemunhas, conforme o modelo norte-americano.

Os processos de apelação do maxiprocessos continuaram por quatro anos, devido à morosidade do sistema judicial italiano, a complexidade dos casos e a violência da *Cosa Nostra*. Em setembro de 1988, o desembargador Antonio Saetta do Tribunal Criminal de Apelação foi assassinado quando voltava de carro para Palermo com seu filho deficiente; a polícia encontrou 40 balas de armas automáticas no local. Neste período foi aprovada uma lei para evitar que presos ficassem longos períodos em custódia esperando o resultado final de seus casos. Mafiosos foram beneficiados.

Entre 25 de setembro e 12 de novembro de 1989 foram julgados os casos de apelação e muitos foram liberados com base em tecnicidades processuais. Em 1990, apenas 60 dos 360 condenados inicialmente estavam ainda presos, vários em hospitais por alegarem doenças.

Giovanni Falcone afirmava que o novo Código de Processo Penal italiano, que passou a vigorar em 1989, tornou mais difícil a perseguição da “associação criminal de tipo mafioso” porque passa a exigir a procura de “delitos específicos”.

*Agora a prova, como nos processos anglo-saxões, deve ser apresentada no curso do julgamento; se um arrependido, por exemplo, acusa um réu de ser membro da Cosa Nostra, será necessário provar, durante o mesmo julgamento, a existência de uma organização chamada Cosa Nostra. Essa exigência torna particularmente difícil perseguir, daqui para frente, acusados de associação mafiosa (PADOVANI, FALCONE, 1993, p. 127).*

Ou seja, para ser obtida a condenação criminal deve ser provada a participação individual no programa criminoso da organização<sup>40</sup>. Em 1990, o Tribunal de Apelação em Palermo recusa-se a acolher o chamado “teorema

---

<sup>40</sup> TURONE, 2008, p. 15.

de Buscetta”. Em janeiro a situação política mudara: Leoluca Orlando – o prefeito antimáfia – é substituído pela Democracia Cristã em Roma que o considerava muito independente.

A violência da *Cosa Nostra* continua. Antonio Scopelitti, procurador na Corte de Cassação, que estava trabalhando na apelação antimáfia, é morto pela *Cosa Nostra* em 09 de agosto de 1991, quando passava um feriado com a família na Calábria. Estava sem escolta policial.

Em 30 de janeiro de 1992, o Tribunal de Cassação em Roma reconhece como válido o conjunto de argumentos acusatórios do maxiprocesso e reverte a decisão de segundo grau que havia atenuado as penas. A Corte restaura as 19 prisões perpétuas e as condenações impostas aos “chefes” mafiosos e os “soldados” e afiliados (*gregari*) pelo tribunal de Palermo. A tese da organização “unitária e hierárquica” que gera a responsabilização criminal coletiva da “cúpula” da *Cosa Nostra* é acolhida pelo mais elevado tribunal italiano. O “teorema de Buscetta” é validado neste *leading case* sobre a *Cosa Nostra*.

A partir desse momento haverá uma grande polêmica sobre o alcance do art. 416bis do Código Penal – o método mafioso – que se estende até hoje. Discute-se na jurisprudência e, em cada caso concreto, os limites entre “participação” na organização e “cumplicidade externa” no esquema do art. 416 bis do Código Penal italiano<sup>41</sup>.

Após a decisão da Corte de Cassação em Roma acontecimentos violentos e dramáticos se encadearam na Sicília: uma campanha terrorista da *Cosa Nostra*. Em 12 de março de 1992, Salvo Lima – um dos mais influentes políticos da ilha e visto como associado da Máfia – foi morto, supostamente por não ter conseguido alterar o resultado da Corte de Cassação. Giovanni Falcone, sua esposa Francesca e sete policiais, que faziam sua proteção em três carros, foram alvo de um atentado - uma bomba de 500 quilos posta em um tubo sob a rodovia em Cappaci no dia 23 de maio de 1992. A cerimônia do funeral na Basílica de São Domenico foi transmitida ao vivo nacionalmente pela TV. Houve comoção social e muitos cobertores apareceram nas janelas pela cidade em sinal de protesto.

Paolo Borsellino não participou das investigações sobre a morte de seu amigo Falcone. Seu impedimento foi justificado por ainda continuar a ter

---

<sup>41</sup> MITSILEGAS, 2003, p. 59.

atribuições em Marsala, e não - como já pedira - em Palermo. Borsellino trabalhava com três “colaboradores da justiça” neste período, entre eles, Leonardo Messina que começara a dar informações preciosas sobre os contratos públicos e a *Cosa Nostra*<sup>42</sup>. Em 19 de julho de 1992, uma enorme explosão de um carro, estacionado perto do condomínio onde morava sua mãe, causou a morte do procurador e cinco guarda-costas.

Em Roma, o Gabinete de Ministros se reuniu e decidiu enviar 7.000 membros das Forças Armadas para guardar instalações “estratégicas” como tribunais, vias expressas, estações rodoviárias e aeroportos<sup>43</sup>. De fato, este reforço militar ajudou a liberar as forças policiais de Palermo para conduzirem investigações e prenderem mafiosos. No entanto, em 17 de setembro dá-se mais um *vendeta*: Ignazio Salvo, preso como mafioso em 1984 e condenado no maxiprocesso, é assassinado em Palermo, supostamente por não ter conseguido reverter o veredicto da Corte de Cassação.

Em reação à morte de Falcone, foi alterado o “regime do cárcere duro” (41 bis) no dia 8 de junho de 1992. Novo artigo foi incluído para que medidas restritivas fossem aplicadas quando houvesse “séria preocupação sobre a manutenção da ordem e segurança”. O objetivo era evitar a continuidade de associações através da troca de mensagens entre prisioneiros mafiosos e quebrar a linha de comando entre os chefes e os seus subordinados. Estas medidas tornaram-se a lei nº 365 de 7 de agosto de 1992, portanto, logo após o assassinato de Borsellino. Em 2002, a lei foi incorporada ao Código Penal. A Anistia Internacional protestou afirmando que em algumas circunstâncias poderia configurar tratamento cruel, degradante e desumano de prisioneiros. Em junho de 2002 a *Cosa Nostra* organizou uma greve nacional de fome nos presídios para marcar sua rejeição à medida. Esta controvérsia sobre o necessário e razoável equilíbrio entre a eficácia no desmantelamento das organizações criminosas e o garantismo liberal permanece até o momento.

Outro antigo projeto dos promotores antimáfia foi aprovado: um Programa de Proteção de Testemunhas, assemelhado ao existente nos Estados Unidos - Lei nº 356 de 7 de Agosto de 1992 (*Ley Gozzini*). Esta reivindicação vinha da época em que o “colaborador da justiça” Tommaso

---

<sup>42</sup> STILLE, 1995, p. 364.

<sup>43</sup> COWELL, 1992. Este reforço na segurança pública continuou até 1998.

Buscetta precisou ser protegido pelo FBI devido à ausência de um programa italiano adequado. Este programa custoso e complexo era indispensável para a sobrevivência física das testemunhas e suas famílias, para superar a cultura do silêncio e instrumento crucial para avançar no dismantelamento das organizações criminosas<sup>44</sup>. Em 2001, a legislação foi revista. Criou-se a distinção entre “testemunha ameaçada” e “colaborador da justiça” com benefícios reduzidos em relação ao passado.

Segundo a análise de operadores em Palermo, com benefícios menores os riscos de colaboração com o Estado ficaram muito elevados e a quantidade de *pentiti* (arrependidos) diminuiu<sup>45</sup>. Atualmente a possibilidade de morte ou isolamento total é maior. A *Cosa Nostra* aprendeu também a ser extremamente cautelosa no uso de telefones, celulares ou mesmo fazer reuniões em lugares públicos ou residências particulares para evitar o risco de interceptação. Por tudo isso, um eficaz programa de proteção estatal a testemunhas é simultaneamente indispensável para as investigações e alvo persistente de ataques políticos, jurídicos e públicos dos poderosos.

A condenação explícita da *Cosa Nostra* pela Igreja Católica se dá pela primeira vez no sermão de João Paulo II na catedral de Agrigento, Sicília, em 9 de maio de 1993, quando o Papa convoca os mafiosos a se arreenderem. A resposta veio em 27 de julho: bombas explodiram nas igrejas de San Giovanni, em Laterano e San Giorgio, em Roma. Em 15 de setembro, em Palermo, Pino Puglisi o padre antimáfia mais conhecido é assassinado.

### **III: IMPUNIDADE, NEGÓCIOS ILÍCITOS, PARTIDO POLÍTICO E *PAX MAFIOSA***<sup>46</sup> :

#### ***Cosa Nostra* e política**

Está escrito no relatório do Parlamento italiano divulgado em 1993:

*A Cosa Nostra tem uma estratégia política própria. A ocupação e o governo do território em disputa com a autoridade legítima, a*

---

<sup>44</sup> Segundo o jornal *Le Parisien* (2014), na matéria intitulada “Na Itália, a arma fatal contra a *Cosa Nostra*” lê-se: *Aujourd’hui, le programme de protection des témoins italien protège près de 5000 personnes, fort d’un budget annuel d’environ 70 M€.*

<sup>45</sup> SAVONA, 2012, p.19-20.

<sup>46</sup> PATERNOSTRO, 2007. É o tempo em que a *Cosa Nostra* domina sem grande derrame de sangue. Em regra, os homicídios são reduzidos.

*obtenção de vultosos recursos financeiros, a disponibilidade de um exército clandestino e bem armado. Tudo isso são elementos que se aplicam segundo a lógica do poder e da conveniência, sem qualquer regra senão a que ela própria impõe.*

A estratégia política da *Cosa Nostra* não é mudada pelos outros mas imposta aos outros pela corrupção ou pela violência.<sup>47</sup>

Este relatório é um marco histórico. Mesmo assim, não discute, por exemplo, a relação entre Salvo Lima e Giulio Andreotti. Aliás, o maxiprocesso não focalizou as relações políticas entre a máfia siciliana e os políticos<sup>48</sup>. A decisão foi tomada porque não havia evidência suficiente e, portanto, alegações poderiam desnortear as acusações. No entanto, vale a pena citar o que estava escrito no diário privado de Rocco Chinnici, Promotor Geral do Palácio da Justiça em Palermo<sup>49</sup>: “Existe uma Máfia que atira, a Máfia que trafica drogas e lava dinheiro e ainda a Máfia política. Nossas investigações estão chegando aos mais altos níveis do poder político”.

O sul da Itália foi alvo de programas públicos de desenvolvimento econômico e social, como o *Cassa del Mezzogiorno*, iniciado em 1950 para construção de obras públicas, prover infraestrutura e também dar crédito subsidiado, incentivos fiscais e financeiros a investimentos, a empreendimentos que se instalassem na região<sup>50</sup>. Além desse fundo, foram carreados recursos do Plano Marshall para a reconstrução no após guerra em Palermo<sup>51</sup>. Este era um período de fluxo rural em direção às cidades, o que criava demanda por moradias.

A trajetória de Salvo Lima e de seu parceiro Vito Ciancimino ilustram o que aconteceu à época, que ficou conhecido como o “saque de Palermo”: a destruição de áreas verdes para a construção de moradias precárias e

---

<sup>47</sup> Tradução do Autor. Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari (Commissione Parlamentare Antimafia), *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, Roma, 1993, p. 40.

<sup>48</sup> Buscetta hesitou muito em falar sobre as relações entre *Cosa Nostra* e os políticos. No seu depoimento à Falcone consta: “Se eu falar da política, não sei quem morre primeiro, você ou eu”. Só no final de 1984 se iniciaram as revelações por o assunto.

<sup>49</sup> Planejou a equipe de promotores (Mafia pool). Foi morto em 29 de julho de 1983 por atentado da Máfia, que colocou uma bomba em seu carro em Palermo.

<sup>50</sup> BOHLEN, 1996. O programa foi encerrado em 1993, depois de muitos escândalos de corrupção. Os empregos criados anteriormente não foram preservados com o fim do apoio governamental.

<sup>51</sup> A cidade de Palermo foi severamente atingida por bombardeios em 1943, principalmente nos distritos mais antigos e no centro storico.

lucrativas para os construtores. O cargo político estratégico no período do *boom* imobiliário era na assessoria de obras públicas. Salvo esteve no cargo principal entre 1956 e 1958, e a seguir foi eleito prefeito de Palermo. Vito ascendeu ao que planejava as obras públicas em julho de 1959 e permaneceu até julho de 1964.

Entre 1959 e 1963, o conselho municipal aprovou 80% de 4.205 permissões para construir para apenas cinco pessoas, que eram “laranjas” da *Cosa Nostra*. A regulamentação aprovada permitiu - ao aumentar a densidade de obras no espaço - que fosse erigida uma selva de pedra. A economia de Palermo dependia da construção desses imóveis financiados por fundos que foram canalizados para a organização através dos esquemas políticos desses membros da Democracia Cristã, da facção Fanfani<sup>52</sup>.

Este método mafioso de gestão que “coabita”<sup>53</sup> com o sistema político, tem apoio de setores importantes da sociedade em Palermo. Por exemplo, proprietários de terra que vendem terrenos ou tem suas propriedades valorizadas. Corretores de imóveis e empreiteiras que cooperam com os governantes da cidade. E mais: as empresas que trabalham na venda de móveis domésticos, cozinhas, banheiros modernos e materiais de construção. Todos que operam com trabalhos públicos na Sicília e no Sul em geral atuam de maneira condicionada: devem comprar de certos fornecedores e não de outros. Esta bolha imobiliária, patrocinada por fundos desviados politicamente, favorece arquitetos, engenheiros, empresas de encanamento e transporte de cargas. E, ainda, acarreta ocupação para milhares de trabalhadores com pouca ou nenhuma qualificação nas construções. Por fim, politicamente, gera a expectativa de apartamentos próprios para setores de classe média baixa e moradia nos projetos de morada popular para setores carentes. Enquanto os fundos encaminham os recursos, a especulação imobiliária se alimenta, apesar de ser um modelo mafioso, de “desenvolvimento social urbano”.

Falcone destacou um aspecto crucial das empresas mafiosas:

*Elas dispõem de um trunfo incomparável: a capacidade de*

---

<sup>52</sup> DICKIE, 2004, p. 224-26.

<sup>53</sup> A “coabitação” é uma expressão usada por magistrados e pesquisadores italianos para indicar um pacto persistente entre a Casa Nostra e o sistema político. O conluio e o acerto são a base da pax mafiosa – que ao longo do tempo predomina na Sicília. O período de “massacres” (stragi) é o liderado por Totò Riina.

*desencorajar toda concorrência pela violência e pela intimidação; a possibilidade, sempre pela violência, de não aplicar as convenções coletivas da construção nem leis sobre a segurança do trabalho; a faculdade de ter acesso ao crédito em boas condições ou de não ter de todo que recorrer a ele, investindo em seus trabalhos parte do dinheiro sujo da droga (PADOVANI, FALCONE, 1993, p.118-119).*

Face ao “método mafioso” as intervenções econômicas do Estado e contribuições a fundo perdido correm sério risco de serem capturadas sem benefício ao cidadão.

Em 1964 Vito Ciancimino foi forçado a renunciar a seu cargo devido a acusações feitas à Comissão Nacional Antimáfia. Porém, em 1970, retorna e durante dois meses é o Prefeito de Palermo. Somente em 1975 é que a Democracia Cristã o mantém fora da competição eleitoral. Nove anos depois é acusado por Tommaso Buscetta de ser um dos principais políticos em conluio com a *Cosa Nostra*.

O “saque de Palermo” gerou conflito entre *famiglie*: no verão de 1963 uma bomba num carro – que era supostamente para matar um chefe mafioso – elimina sete *carabinieri*. Há escândalo e repressão. O prefeito na época era o Salvo Lima do partido da Democracia Cristã Italiana (DCI)<sup>54</sup>. Na investigação de 1964, Lima reconheceu que conhecia Angelo La Barbera, o chefe de uma das mais importantes *famiglia* de Palermo. Um negociante local afirmou que havia pago ao chefe mafioso Tommaso Buscetta uma quantia vultosa para obter uma permissão para construção.

Relatos da época afirmam que quando Salvo Lima entrava num café local os presentes se levantavam em respeito a um “homem de honra”. Este reconhecimento parecia vantajoso eleitoralmente. Em 1968, Lima foi eleito triunfalmente para o Parlamento Italiano, com uma votação que superou políticos estabelecidos na Sicília. Em Roma, ele adere à facção de Giulio Andreotti, que detinha considerável eleitorado em Roma e seus arredores. Era uma aliança entre poderosos: Lima controlava cerca de 25% de todos os membros da DCI na Sicília. A partir desse momento a facção Andreotti passa ter expressão nacional.

A parceria foi politicamente proveitosa. Andreotti torna-se primeiro

---

<sup>54</sup> A DCI manteve-se no poder entre 1948 e 1993.

ministro pela primeira vez em 1972 e Lima obtém um posto no Gabinete. Em 1974, Lima é colocado no Ministério do Orçamento, como Sub-Secretário, por Andreotti. Ocorrem protestos. Mas Lima permanece no cargo. Em 1978 ele é eleito para o Parlamento Europeu. Em 1981, a violência da “segunda guerra da máfia” em Palermo traz dificuldades políticas para Andreotti, que precisa manobrar para não ser identificado com a *Cosa Nostra*.

O maxiprocesso em Palermo marca uma mudança no apoio eleitoral da *Cosa Nostra* que passa a orientar votos para o Partido Socialista (PS). Esse partido estava apoiando a legislação que restringiria os poderes da magistratura depois do caso Enzo Tortora. A principal proposta era responsabilizar os promotores que acusassem erroneamente pessoas a pagar indenizações<sup>55</sup>. Nas eleições de 1987 o PS recebe grande apoio eleitoral da Máfia. Conforme Nando Dalla Chiesa (2016) enfatiza, a organização detinha poder “de financiar a campanha eleitoral, e não somente obter votos contados e seguros”<sup>56</sup>.

Salvo Lima foi o político que deveria conseguir uma decisão judicial favorável à *Cosa Nostra* em 1992 no Tribunal de Cassação em Roma. Supostamente o magistrado Corrado Carnavale descobriria alguma tecnicidade processual – como erro em formas ou data da ação protocolada<sup>57</sup> - para anular as sentenças. Esta era a expectativa. De fato, apesar da Corte de Cassação ter várias turmas, havia uma tendência clara para as questões relativas às organizações criminosas serem distribuída para a Primeira Seção, presidida por Carnavale. Porém, no julgamento de 1992, este monopólio foi quebrado. Com a distribuição feita por sorteio, outra turma do Tribunal de Cassação recebeu o processo para julgamento. A decisão ordenada e esperada pela *Cosa Nostra* não ocorreu. Salvo foi executado em Palermo.

Um resumo do “método mafioso” em relação ao Judiciário consta do depoimento do mafioso Leonardo “Narduzzo” Messina perante a Comissão Parlamentar Antimáfia, em 11 de dezembro de 1992.

*Por que a Cosa Nostra não deu a mínima importância quando*

---

<sup>55</sup> O resultado do referendo foi favorável à revogação de regras anteriores que limitavam a responsabilidade civil e criminal da magistratura. Atualmente, a matéria é regulada pela Lei nº 117 de 13/04/1988.

<sup>56</sup> No original: “ (...) di finanziare le campagne elettorali, non più solo di portare voti contati e sicuri”.

<sup>57</sup> WHITTON, 1998, p. 199-200.

*começaram os maxijulgamentos? Porque sabíamos que iriam terminar numa bolha de sabão; eram essas as palavras que circulavam para tranquilizar nossos homens.*

*Espalhou-se que aquele julgamento, como todos os outros, prosseguiria até certo ponto nos tribunais inferiores... mas todos sabiam que na Corte di Cassazione, tudo teria de dar certo...*

*Por que assassinamos o juiz Scopelliti, que ia ser promotor na Corte di Cassazione? Porque ele foi conversado, e não prometeu seguir a orientação certa.*

*Quando um Homem de Honra tem que ir a julgamento, todos na bancada dos juizes e os jurados são "conversados". Falamos diretamente com o juiz. Alguns juizes que foram procurados pela Cosa Nostra e não quiseram nos prometer que nos deixariam em liberdade. Foram assassinados na rua...*

*Quando não conseguimos controlar os juizes, eles os matam. Vejam quantos foram mortos – conte-os<sup>58</sup>.*

Leonardo Messina foi o primeiro *pentito* que nomeou Giulio Andreotti como o mais elevado ponto de referência num esquema de trocas corruptas que mudaria a decisão judicial do maxiprocessos de Palermo na *Corte di Cassazione*.

Em 27 de março de 1993, o ministério público em Palermo<sup>59</sup> solicitou ao Senado que fosse suspensa a imunidade parlamentar do senador vitalício Giulio Andreotti para dar prosseguimento às investigações sobre seus presumidos vínculos com a *Cosa Nostra*<sup>60</sup>. Andreotti foi acusado de concurso externo<sup>61</sup> em associação mafiosa.

A autorização do Senado foi concedida em maio de 1993. As investigações sobre Andreotti foram complexas e lentas; além disso, a defesa de Andreotti tentou afastar o julgamento da jurisdição de primeira instância em Palermo. Em setembro de 1995 começou o julgamento no

---

<sup>58</sup> STERLING, 1997, p. 66-67. "Temos que mostrar que todo aquele que não cumpre a palavra morre. A *Cosa Nostra* é assim", afirma Messina em relação a Salvo Lima.

<sup>59</sup> O pedido foi assinado pelos procuradores Guido Lo Forte, Roberto Scarpinato, Giocchino Napoli, e o Chefe dos procuradores Gian Carlo Caselli.

<sup>60</sup> BRIQUET, 2007.

<sup>61</sup> Concurso externo é uma participação eventual em conluio com *Cosa Nostra*. Alguns mencionam uma contiguidade complacente com a organização, como, por exemplo, envolver-se em campanhas eleitorais em território dominado pela Máfia, com seu apoio. Outro exemplo: empresários que, ainda que não fazem diretamente parte da organização criminal por várias razões (temor, desejo de agradar pessoas influentes no contexto social local, etc.) mas oferecem sala para reunião para membros da máfia (BERNARDI, 2010, p.91)

Tribunal de Palermo (*Corte d'assise* – primeira instância). A decisão judicial foi emitida em 23 de outubro de 1999: Andreotti foi absolvido por insuficiência de provas. A sentença motivada é publicada em maio de 2000. Os procuradores apelam ao Tribunal de Apelação Palermo (*Corte d'assise d'appello*), que procede com o julgamento entre abril de 2001 e maio de 2003. Andreotti é outra vez absolvido. Por fim, este veredito é confirmado pelo Tribunal de Cassação (*Corte de Cassation*) em 15 de outubro de 2004.

O Caso Andreotti, que tramitou nas três instâncias em mais de onze anos, é um marco histórico em relação à máfia política, assim como o maxiprocesso foi para a máfia militar. O primeiro aspecto a destacar são os argumentos da Procuradoria de Palermo na acusação. A tese da acusação é que Andreotti fez um “pacto de trocas” com a *Cosa Nostra*, direta ou indiretamente (por intermédio de seus aliados políticos, principalmente Salvo Lima), que tal pacto era intencional e durável, e que contribuía para fortalecer a organização criminosa. A existência do pacto para obter vantagens recíprocas seria suficiente para estabelecer a culpa do acusado. Andreotti ganharia mais poder para sua facção dentro do partido da DCI, e dentro das instituições do Estado – como tornar-se primeiro ministro – lucrando, portanto, com os votos e apoio eleitoral da máfia siciliana. Mais ainda, poderia contar com outros serviços mafiosos como a intimidação de adversários, controle de conflitos de maneira oficiosa, etc. Do outro lado, a *Cosa Nostra* contaria com políticos sicilianos que fossem da facção de Andreotti para defender seus interesses econômicos, obter subvenções e contratos públicos, participar de especulação imobiliária, “combinar” sentenças judiciais, etc.

Segundo aspecto, o conjunto de provas trazido pelos procuradores consistia: 1) provas materiais diretas, fundamentalmente depoimentos de colaboradores da justiça (*pentiti*) que haviam sido julgados no maxiprocesso, relatos que foram acolhidos e ratificados pelo Tribunal de Cassação. Nesses depoimentos afirmava-se que Andreotti foi visto em encontros com importantes líderes mafiosos<sup>62</sup>, negociando sentenças em processos judiciais e aspectos da política siciliana. 2) provas indiretas ou contextuais, que confirmariam os vínculos de Andreotti com os interesses

---

<sup>62</sup> Baldassere di Maggio, uma das testemunhas-chave da acusação, alegou que Andreotti – quando era primeiro ministro – teve um encontro em Palermo em 1987 com Totò Riina. Afirmou também que os dois trocaram beijos, o que é entendido como um sinal de respeito.

mafiosos. Entre outros exemplos, está o caso do banqueiro siciliano Michele Sindona<sup>63</sup>, relacionado a financiamento ao partido da DCI e lavagem de dinheiro vindo de tráfico de drogas da *Cosa Nostra*<sup>64</sup>. Supostamente Andreotti teria defendido – enquanto presidente do Conselho – interesses econômico e judiciais dos mafiosos. De fato, esses relatos sobre os “poderes ocultos” dependiam, em parte, da credibilidade dos depoentes, da coerência das declarações, da reconstrução plausível do contexto do “pacto de trocas” e do caráter criminal dos atos e condutas do acusado.

A defesa de Andreotti apresentou três argumentos principais. Primeiro, foi atacado o que chamaram de silogismo da acusação: atribuir a ao réu as malversações de seus aliados políticos na Sicília, sem que fossem apresentados fatos específicos que gerassem um liame individualizado de “trocas” ilegais com a máfia. Argumentou-se que Salvo Lima tinha um poder enorme na Sicília e influenciava na distribuição de empregos, por exemplo. No entanto, essa seria uma conduta de Lima, desvinculada de Andreotti. Segundo, o réu negou vigorosamente as acusações e a defesa questionou sistematicamente a credibilidade dos *pentiti* – insistindo que as declarações eram discutíveis, contraditórias ou sem base em fatos. Terceiro, Andreotti e seus advogados repetiram diversas vezes que seu governo entre 1989 e 1992 – período que Giovanni Falcone estava em Roma – adotou políticas antimáfia. Dentre essas políticas estariam medidas para proteção dos *pentiti* mafiosos, coordenação da ação policial, transparência nas licitações de obras públicas, etc.

A sentença do Tribunal de Palermo absolveu Andreotti da acusação com base no art. 416 bis “porque o fato não existe”<sup>65</sup>. Porém, a sentença confirmou vários elementos da acusação. Primeiro, a estreita aliança política entre Lima e Andreotti afirmando: “o deputado Lima manteve, tanto antes quanto depois de sua adesão à corrente favorável à Andreotti, uma estável relação com a *Cosa Nostra*”<sup>66</sup>. Segundo, a sentença aceitou

<sup>63</sup> Sindona foi condenado à prisão perpétua por ter ordenado o assassinato de Giorgio Ambrosoli, advogado italiano que foi morto enquanto investigava as práticas irregulares do banqueiro. Sindona faleceu por envenenamento na prisão.

<sup>64</sup> STERLING, 1997, p. 228-229. No final da década de setenta, a *Cosa Nostra* estava ganhando cerca de um bilhão de dólares líquidos nos EUA, a maior parte dos quais era enviada para Sindona para lavagem e investimento.

<sup>65</sup> Nos termos do art. 530, § 2º do CPP italiano segundo o qual “o juiz pronuncia sentença de absolvição, inclusive, quando falta, é insuficiente ou contraditória a prova de que o fato existe”.

<sup>66</sup> PEPINO, 2010, p.245.

como provadas um conjunto de iniciativas de Andreotti em relação ao financista Michele Sindona.

A sentença do Tribunal de Apelação de Palermo trouxe uma modificação parcial da sentença de primeira instância ao declarar que: “não se deve instaurar processo contra Andreotti Giulio nos termos do crime de associação para formação de quadrilha a ele imputado no Capítulo A do processo, cometido até a primavera de 1980, por ser extinto por prescrição”<sup>67</sup>. O Tribunal de Apelação acolheu a tese central da acusação para o período anterior a 1980. Porém, decidiu que após esta época – com o começo da *Mattanza* conduzida por Totò Riina – Andreotti teria encerrado seus contatos com a *Cosa Nostra*<sup>68</sup>.

Do ponto de vista judiciário, o réu foi absolvido. Na história política pós-guerra até 1993, Andreotti não foi inteiramente inocentado. Até 1992, as imunidades processuais penais dos parlamentares foram garantias quase seguras para a ausência de perseguições penais. No período da crise política aguda - 1992-94 – esta blindagem não foi mais possível: o sistema partidário estava se desmantelando sob o impacto da crescente percepção pública sobre a corrupção de políticos e de partidos. A “operação mãos limpas” (*Mani Pulite*)<sup>69</sup> veio expor a corrupção política dos poderosos cuja existência somente, então, foi provada judicialmente para os italianos.

Em 2016, prossegue o julgamento sobre o pacto Estado/Máfia que supostamente encerrou a violência da *Cosa Nostra* sob o comando de Totò Riina e o levou a se entregar às autoridades em Palermo.

Voltando a 1992: interpretaram-se como uma *vendetta* os assassinatos do deputado Salvo Lima e dos juizes de instrução Falcone e Borsellino. Os atentados à bomba pela *Cosa Nostra* continuaram em Roma, Florença e Milão, em 1993, provocando mais 12 mortos. O objetivo seria conseguir a abolição do regime prisional de alta segurança (41bis) para 300 mafiosos e anulação de leis que propiciaram o maxiprocesso. Após a prisão de Totò Riina, em 1993, sucedeu-o Bernardo Provenzano à frente da *Cosa Nostra*.

---

<sup>67</sup> Idem, p. 244

<sup>68</sup> Id., p. 247-48.

<sup>69</sup> Esta operação ajudou a desmantelar diversos esquemas envolvendo o pagamento de propina por empresas privadas interessadas em garantir contratos com estatais e, ainda, órgãos públicos o desvio de recursos para o financiamento de campanhas políticas. Esta época da história judicial e política é matéria de um artigo que complementa este.

Os atentados pararam abruptamente no outono de 1993. A suposição é que houve um acordo de não agressão (*La trattativa Stato/Mafia*)<sup>70</sup>, ou seja, a *pax mafiosa* negociada por Provenzano e autoridades públicas. Desde 1993, várias das supostas exigências da Máfia foram atendidas, como o fechamento de prisões de segurança máxima nas ilhas de Pianosa e Asinara onde “homens de honra” cumpriam pena.

As ligações entre a Máfia e as altas esferas do poder italiano, foram evocadas em tribunal por Massimo Ciancimino, em 2010. Ciancimino confessou que o próprio pai, Vito Ciancimino, antigo presidente da Câmara de Palermo e amigo de Provenzano, fez a ligação entre a máfia e os políticos no poder para acabar com a campanha de bombas, nos anos 1992-93. Vários outros *pentiti*, inclusive o que detonou a bomba que executou Falcone, prestaram depoimentos afirmando que o pacto ocorreu.

Em 27 de maio de 2013 o processo começou no Tribunal de Palermo, porque os novos fatos teriam conexão com as mortes de Falcone e Borsellino que estavam naquela jurisdição. Salvatore Borsellino desde 1992 procura o inseparável diário vermelho que seu irmão usava e não permitia acesso a ninguém. Salvatore e o *pool antimafia* sustentam que o diário conteria detalhes da investigação sobre a *trattativa* e que Paolo iria denunciar este suposto pacto.

Inicialmente a *Procura di Palermo* denunciou<sup>71</sup> dez supostos participantes da *Trattativa*, entre os quais estão: o ex-ministro do Interior Nicola Mancino, três altos oficiais dos *Carabinieri* e quatro mafiosos, inclusive Totò Riina<sup>72</sup>. Cerca de duzentos depoimentos foram previstos.

Em 27 de outubro de 2014, o presidente italiano Giorgio Napolitano testemunhou no Palácio em Roma; ele não era acusado, porém poderia ter informações sobre a questão. O Chefe de Estado negou que soubesse da existência de negociações secretas entre o Estado e a Máfia<sup>73</sup>. O pedido

<sup>70</sup> La cosiddetta “*trattativa*”, 2014.

<sup>71</sup> “A denúncia pretende enquadrar os acusados no art. 338 do Código Penal italiano. Esta é uma norma penal raramente aplicada devido à dificuldade, do ponto de vista processual, de obter provas adequadas para os elementos do tipo penal. Eis o art. 338. Chiunque usa violenza o minaccia ad un Corpo politico amministrativo o giudiziario o ad una rappresentanza di esso, o ad una qualsiasi pubblica Autorità costituita in collegio per impedirne, in tutto o in parte, anche temporaneamente, o per turbarne comunque l’attività, è punito con la reclusione da uno a sette anni”.. (ZARBA, 2015).

<sup>72</sup> MOODY, 1913.

<sup>73</sup> Italy President Napolitano denies knowing of Mafia deal, 2014.

inédito de testemunho de um Chefe de Estado em exercício no caso da *trattativa* gerou controvérsia jurídica e pública, na época<sup>74</sup>. Uma vez satisfeita a demanda judicial do Tribunal de primeira instância de Palermo não houve qualquer crise de governabilidade. Em março de 2016 o *processo trattativa* continua em andamento<sup>75</sup>.

## Epílogo em Palermo

A prisão do mais procurado chefe da *Cosa Nostra* – Matteo Messina Denaro – em 03 de agosto de 2015, depois de 23 anos foragido, é uma marco na política antimáfia<sup>76</sup>. Porém, a procuradora Maria Teresa Principato, de Palermo, que o investiga há dez anos, declarou que Denaro viajava para concluir negócios importantes, havendo confirmação de sua presença no Brasil, Espanha, Inglaterra, Espanha e Áustria.

Adicionou o fato de que o chefão permanecer tanto tempo foragido “significa que ele se beneficia de proteção de nível muito alto”<sup>77</sup>. Este assunto ainda é objeto de investigações muito confidenciais.

## CONCLUSÕES

A política antimáfia não possuiu até hoje o apoio das elites políticas e econômico-financeiras da Itália. A pesquisa tentou evidenciar que os avanços foram, e continuam a ser, episódicos e reativos a rumores de assassinatos (*cadaveri eccellenti*<sup>78</sup>), ou escândalos políticos que mobilizam a mídia e a opinião pública. Os retrocessos legislativos e institucionais foram frequentes após as crises que surgiram com as “duas guerras da Máfia”. O texto buscou esclarecer como e com que recursos legais, políticos e militares a *Cosa Nostra* asseguraram a impunidade de suas práticas criminosas<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> PIANIGIANI, 2014.

<sup>75</sup> Processo *trattativa*, depono Ciancimino: “Mio padre dopo via d’Amelio disse: la colpa è nostra”, 2016.

<sup>76</sup> LOURO, 2015. “Foi apanhado através de escutas. A polícia disse que Denaro se comunicava através de bilhetes (pizzini – a maneira mais tradicional de contatos) que deixava numa quinta da Sicília onde a polícia conseguiu colocar câmaras ocultas em árvores para filmar os encontros dos mafiosos”.

<sup>77</sup> MAFIA godfather who visited Britain protected at high level, 2015.

<sup>78</sup> Cadáveres ilustres.

<sup>79</sup> “A essência do método mafioso, de fato, consiste em ser prepotência organizada, ou seja, abuso de poder pessoal por parte de minorias organizadas que, valendo-se do poder intimidador decorrente dos poderes político, econômico e militar de que dispõem, criam um estado de sujeição difuso dos indivíduos, dobrando-os à sua vontade” (SCARPINATO, 2010, p.102).

Os atores mais consistentes na promoção de legislação e na implementação da política antimáfia foram membros do Ministério Público e seus aliados internacionais. Os promotores têm o dever de atuar. No entanto, a cultura do silêncio continua a prevalecer mesmo com campanhas de conscientização cidadã republicana e anticorrupção, como, entre outras, *Addio Pizzo*<sup>80</sup>, e os centros culturais antimáfia.

O medo da *Cosa Nostra* e de seus parceiros que estão acima da lei e de suspeitas – como empresários e políticos<sup>81</sup> – continuam a manter a submissão e o silêncio forçado na Sicília.

O princípio da legalidade ainda não triunfou e a corrupção política e econômica e o abuso de poder continuam sendo práticas correntes. Este é o tempo da *pax mafiosa*.

## REFERÊNCIAS

- ACCONCIA, Antonio; IMMORDINO, Giovanni; PICCOLO, Salvatore; REY, Patrick. *Accomplice – Witness and Organized Crime: Theory and Evidence from Italy*. Centre for Studies in Economics and Finance (CSEF). Working Paper nº 232. Naples: University of Naples, Out. 2009.
- BERNARDI, Alessandro. *Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea*. Política criminal (version on line), Santiago, v.5, n.9, p. 68-113, jul. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992010000100002&lng=es&nm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100002&lng=es&nm=iso)>. Acesso em: 09 mar. 2016.
- BRIQUET, Jean-Louis. *Mafia, justice et politique en Italie. L'affaire Andreotti dans la crise de la République (1992-2004)*. Paris: Karthala. 2007.
- BOHLEN, Celestine. *North-South Divide in Italy: A Problem for Europe, Too*. New York Times, New York, 15 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1996/11/15/world/north-south-divide-in-italy-a-problem-for-europe-too.html?pagewanted=all>>. Acesso em : 27 fev.2016.
- CHIESA, Nando Dalla. *Il maxiprocesso, trent'anni dopo*. *Narcomafie*. Torino: Editore Gruppo Abele Periodici, 16 fev. 2016. Disponível em : <<http://www.narcomafie.it/2016/02/10/il-maxiprocesso-trentanni-dopo>>. Acesso em: 20/02/2016.

<sup>80</sup> Movimento que começou em 2004. Pizzo é o sistema com o qual a Mafia taxa os comerciantes e controla o território. Um dos motes do movimento é “um povo inteiro que paga o pizzo é um povo sem dignidade”.

<sup>81</sup> Feito através do “concurso externo em associação mafiosa” (*concorso esterno in associazione mafiosa*) consagrado na jurisprudência iniciada com as decisões do maxiprocesso de Palermo e, especialmente, na decisão da Corte de Cassação em 1994 (Cass. Pen., Sez. Un., 5 outubro 1994, Demitry, *in* Foro It., 1995, II, 422). SAINT VICTOR , 2008, p.151-159.

- COWELL, Allan. Italy Dispatches 7,000 Anti-Mob Troops to Sicily. New York Times, New York, 26 jul. 1992. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1992/07/26/world/italy-dispatches-7000-anti-mob-troops-to-sicily.html>>. Acesso em: 01 mar. 2016.
- CRESSEY, Donald. Theft of the Nation: The Structure and Operations of Organized Crime in America. New York: Harper & Row, 1969.
- DICKIE, John. Cosa Nostra : A History of the Sicilian Mafia. London: Hodder & Stoughton, 2004.
- EN ITALIE, l'arme fatale anti-Cosa Nostra. Le Parisien, Paris, 11 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/en-italie-l-arme-fatale-anti-cosa-nostra-11-01-2014-3482587.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F>>. Acesso em: 20 fev.2016.
- ENCICLOPEDIA Garzanti del Diritto. Diretta da Silvio Riolfo Marengo. 2ª. Ed. Milano: Garzanti, 1997.
- GAMBETA, Diogo. The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection. Cambridge:Harvard University Press, 1996.
- GINSBORG, Paul. A history of Contemporary Italy, Society and Politics: 1943-1980. Saint Martin 's Press: New York, 2003.
- ITALIA. Camara dei Deputati.Senato della Repubblica - Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari. XI Legislatura - Doc. XXIII, n. 2. Roma, 1993. Disponível em: <<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/906396.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2016.
- ITALIA. Codice Penale Italiane (em italiano com tradução em português ) R.D. 1398/1930 Atualizado L. 172/2012. Disponível em: <<http://www.androidpit.com.br/app/com.smartleges.doc.itcpenale>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- ITALY President Napolitano denies knowing of Mafia deal. BBC World, London, 28 out. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-29797887>>. Acesso em 02 mar. 2016
- JAMIESON, Alison. The Anti-Mafia.Italy 's Fight Against Organized Crime. Macmillan Press: London, 1999.
- KINGTON, Tom. Mafia's influence hovers over 13m Italians, says report. The Guardian, London, 01 out.1989. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2009/oct/01/mafia-influence-hovers-over-italiansem>>. Acesso em 3 mar 2016.
- LA COSIDDETTA "trattativa"... Post, Milano, 26 set. 2014. Disponível em :< <http://www.ilpost.it/2014/09/26/le-cose-sapere-sul-processo-stato-mafia/>>. Acesso em: 15 jan.2016.
- LANGFORD. Kenneth. An analysis of left and right terrorism in Italy. 30 July 1985. 94p. Thesis (Master of Science in Strategic Intelligence). National Intelligence University (NIU), Joint Base Anacostia-Bolling, Washington, DC, 1985. Disponível em: <[www.dtic.mil/dtic/tr/u2/a161823.pdf](http://www.dtic.mil/dtic/tr/u2/a161823.pdf)>. Acesso em: 28 fev.2016.
- LEA, John. Powerful Offenders and the Criminal Justice System. John Lea's Website. 2005. Disponível em: < <http://www.bunker8.pwp.blueyonder.co.uk/cjs/powerful.htm>> Acesso em: 1 mar. 2016.

- LOURO, Nuno Paixão. Preso chefe dos chefes da Cosa Nostra ao fim de 23 anos. Sábado, Portugal, 4 ago 2015. Disponível em: <[http://www.sabado.pt/mundo/detalhe/preso\\_chefe\\_dos\\_chefes\\_da\\_cosa\\_nostra.html](http://www.sabado.pt/mundo/detalhe/preso_chefe_dos_chefes_da_cosa_nostra.html)>. Acesso em: 13 mar. 2016.
- MAFIA godfather who visited Britain protected at high level, says prosecutor, The Guardian, London, 5 Agt 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2015/aug/05/mafia-godfather-who-visited-britain-protected-at-high-level-says-prosecutor>>. Acesso em: 14 mar. 2016.
- MAIEROVICH, Walter. O efeito Tortora. Revista Carta Capital digital, Nº862, 18 ago 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/862/o-efeito-tortora-2979.html>>. Acesso em: 25 fev.2016
- MITSILEGAS, Valsamis. From National to Global, from Empirical to Legal: the ambivalente concepto d transnational organized crime. In: BEARE, Margaret E. Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption. University of Toronto Pres: Toronto, 2003. p. 59-83.
- MOODY, Barry. Insight: Missing red diary at heart of Italy's dark history. Reuters, Palermo, 25 jul. 1913. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-italy-mafia-insight-idUSBRE96O04G20130725>>. Acesso em 20 fev. 2016
- MOSS, David. The gift of repentance: a Maussian perspective on twenty years of pentimento in Italy in Arch. europ. sociol., XLII, 2, 2001, p. 297- 321.
- PADOVANI, Marcelle e FALCONE, Giovanni. Cosa Nostra: o juiz e os “homens de honra”. Editora Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 1993.
- PAOLI, Letizia. Italian Organised Crime: Mafia Associations and Criminal Enterprises!. In Global Crime.Vol. 6, No. 1, February 2004, p.20.
- PATERNOSTRO, Marcello. Pax Mafiosa leads to fall in Italian mob killings. Reuters UK, Palermo, 20 Jun. 2007. Disponível em: <<http://uk.reuters.com/article/uk-italy-mafia-idUKL2019206520070620>>. Acesso em: 13 mar. 2016.
- PEPINO, Livio. Poderes ocultos, criminalidade e instituições. In: DINO, Alessandra, MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (Org.). Novas Tendências Da Criminalidade Transnacional Mafiosa. São Paulo: UNESP, 2010. p. 237-252.
- PIANIGIANI, Gaia. President of Italy Questioned in Mafia Case. New York Times, New York, 28 out. 2014. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2014/10/29/world/europe/italys-president-testifies-in-mafia-case.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/10/29/world/europe/italys-president-testifies-in-mafia-case.html?_r=0)>. Acesso em: 02 mar. 2016.
- PROCESSO trattativa, depone Ciancimino: “Mio padre dopo via d’Amelio disse: la colpa è nostra”. Palermo.repubblica.it, Palermo, 11 fev. 2016. Disponível em: <[http://palermo.repubblica.it/cronaca/2016/02/11/news/processo\\_trattativa\\_depone\\_ciancimino\\_mio\\_padre\\_dopo\\_via\\_d\\_amelio\\_la\\_colpa\\_e\\_nostra\\_-133201302/?refresh\\_ce](http://palermo.repubblica.it/cronaca/2016/02/11/news/processo_trattativa_depone_ciancimino_mio_padre_dopo_via_d_amelio_la_colpa_e_nostra_-133201302/?refresh_ce)>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- SAINT VICTOR, Jacques de. Une nouvelle élite en gestation: la « bourgeoisie mafieuse » ?. Cités, 1/2008, n°33. Disponível em: < [www.cairn.info/revue-cites-2008-1-page-151.htm](http://www.cairn.info/revue-cites-2008-1-page-151.htm)>. Acesso em: 16 mar 2016.

- 
- SAVONA, Ernesto. Italian Mafias' s Assimetries. In: SIEGEL, Dina e BUNT, Henk Van de (Eds.). *Traditional Organized Crime in the World. Responses to the Socioeconomic changes*. New York: Springer, 2012, p.19-20.
- SCARPINATO, Roberto. Crimes de colarinho branco e assalto à democracia. In: DINO, Alessandra, MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello (Org.). *Novas Tendências Da Criminalidade Transnacional Mafiosa*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 102.
- SCHNEIDER, Jane. SCHNEIDER, Peter. Civil Society versus Organized Crime. *Critique of Anthropology*, London, University of Manchester, December 2001. Vol 21, nº4, p.427-446. Disponível em: <<http://coa.sagepub.com/content/21/4/427>>. Acesso em: 21/01/2016.
- STERLING, Claire. A máfia globalizada: A nova ordem mundial do crime organizado. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 66-67.
- STILLE, Alexander. *Excellent Cadavers. The Mafia and the Death of the First Italian Republic*. New York: Vintage. 1995.
- TURONE, Giuliano. *Il delitto di associazione mafiosa*. 2. ed. Milano: Giuffrè. 2008.
- WHITTON, Evan. *The Cartel: Lawyers and Their Nine Magic Tricks*. Herwick Pty: Austrália, 1998, p. 199-200.
- ZARBA, Flavia. Reato di trattativa, quel grande assente nel Codice penale. *L' huffingtonpost Italia*. 20 mai. 2015. Disponível em: < [http://www.huffingtonpost.it/flavia-zarba/reato-di-trattativa-quel-grande-assente-nel-codice-penale\\_b\\_7314366.html](http://www.huffingtonpost.it/flavia-zarba/reato-di-trattativa-quel-grande-assente-nel-codice-penale_b_7314366.html)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

---

# *A IMPORTÂNCIA DO AROMA NA CAPTAÇÃO DE CONSUMIDORES E SUA PROTEÇÃO PELO TRADE DRESS*

---

*Dan Guerchon<sup>1</sup>*

**Resumo:** O artigo analisa os aromas como uma nova perspectiva do *trade dress*, ressaltando seu papel fundamental para a identificação de produtos e serviços, sobretudo no setor de vestuário feminino. Conta com uma pesquisa de campo em lojas da FARM e da Maria Filó, que deu suporte ao desenvolvimento de critérios objetivos para a apuração da distintividade de aromas. Aborda a possibilidade de proteção dos aromas de forma análoga aos signos visualmente perceptíveis.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual – Propriedade Industrial – Marcas – Distintividade – Conjunto Imagem – Aroma – Vestuário Feminino – FARM – Maria Filó.

## **1. BREVE ANÁLISE SOBRE A DISTINTIVIDADE**

Um dos fatores mais relevantes no que diz respeito ao tema marcário é o princípio da distintividade dos signos pretendidos por aqueles que irão atuar no mercado, seja prestando determinado serviço, seja oferecendo algum tipo de bem de consumo.

Idealmente, tal princípio permite que os consumidores consigam averiguar a procedência comercial de um produto ou serviço, já que basta a mera observação do respectivo signo distintivo para

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, sob a orientação do professor Pedro Marcos Nunes Barbosa. E-mail: dguerchon@yahoo.com.br

diferenciá-los dos demais.<sup>2</sup> Desta forma, em tese, o consumidor poderá identificar os responsáveis pelo produto/serviço oferecido no mercado e, conseqüentemente, defender seus direitos de maneira mais eficaz.

Outro fator a se levar em conta é que os consumidores, em geral, criam uma relação de fidelidade e confiança com os signos distintivos<sup>3</sup>, tendendo a buscar, diretamente, os produtos/serviços sob sua proteção. Isto não ocorre ao acaso, mas, sim, porque são influenciados por diversos elementos, tais como o costume, o preço, a qualidade, o *marketing* promovido pelo empreendedor etc.

Sem a distintividade, seria quase impossível a diferenciação entre os produtos/serviços. Isto porque, os signos seriam constantemente reproduzidos, se tornando inviável ao consumidor o processo de escolha pontual. Em outras palavras, implementar-se-ia como prática rotineira o famoso ditado “comprar gato por lebre” – ou seja, o consumidor frequentemente compraria alguma coisa que imaginava ser outra, por conta da semelhança ou identidade do signo marcário<sup>4</sup>.

A importância da distinção do produto/serviço, entretanto, não se limita à proteção do consumidor contra eventuais enganos. Esse pilar do sistema marcário brasileiro é fundamental para a manutenção do empreendedorismo e da livre concorrência. Ora, se por um lado alguém está lucrando com o erro do consumidor, de outro, existe aquele que está sendo prejudicado pela reprodução, já que caso a mesma não houvesse ocorrido, o consumidor jamais teria se confundido.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> “(...) uma marca não será registrada (tornando-se, assim, exclusiva) se não for distintiva em suas duas modalidades, ou seja, capaz de distinguir o produto assinalado dentre todos os dos concorrentes e, ao mesmo tempo, fixando-se na percepção do público de forma a apontar o produto em questão.” BARBOSA, Denis Borges. Proteção das Marcas – Uma Perspectiva Semiológica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 69.

<sup>3</sup> “(...) o público consumidor tornado afeito a determinada marca acaba por nutrir uma legítima expectativa quanto à qualidade do produto que a ostenta, sedimentando uma relação de confiança em que as suas origens e características serão preservadas.” PORANGABA Luis Henrique. Princípio da Exaustão e os Direitos Residuais sobre a Marca. Revista da EMARF – Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região. 2011. p. 257-269. Disponível em: <<http://www.murtagoyanes.com.br/pt/p-rincipio-da-exaustao-e-os-direitos-residuais-sobre-a-marca-2/>>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

<sup>4</sup> “A confundibilidade das marcas como símbolo só é pertinente na proporção em que o consumidor passe a adquirir um produto de terceiro pensando que é do titular, ou pelo menos induzido pela memória genética da marca deste.” BARBOSA, Denis Borges. Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Semiológica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 211-212.

<sup>5</sup> A jurisprudência dos tribunais superiores já é consolidada neste sentido: “(...) outra noção importante a ser observada quanto à marca é o seu elemento subjetivo, que permite ao consumidor correlacionar a marca

Não obstante, aquele que reproduziu, integral ou parcialmente, o signo distintivo pode, ainda, oferecer um produto/serviço de qualidade inferior (ou, até mesmo, perigoso para o consumo), maculando e diluindo o sinal originalmente criado.<sup>6</sup> Em sintonia com esta posição, vale destacar um trecho do voto da Min. Relatora Nancy Andrighi no REsp. nº 466-761, que tratava do uso indevido das marcas da Louis Vuitton:

*(...) a indenização por danos materiais não possui como fundamento a ‘comercialização do produto falsificado’, mas a ‘vulgarização do produto e a depreciação da reputação comercial do titular da marca’ levadas a cabo pela prática de falsificação. (...)’ (original sem grifos)*

Ao contrário do que possa parecer, a reprodução e a imitação dos signos distintivos também afeta empresas que lidam com produtos populares. Neste caso, o foco da proteção sofre uma mudança, já que o signo distintivo não visa mais identificar o caráter elitizado do produto/serviço, mas sim, preservar a confiança, o costume e os padrões de qualidade aos quais os consumidores estão habituados.

A relevância do princípio aqui discutido pode ser verificada em diversos institutos jurídicos nacionais e internacionais sobre o tema. Além da íntima relação com os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada, a distintividade se mostra presente na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXIX.<sup>8</sup>

---

ao produto ou serviço, evitando, por outro lado, o desleal desvio de clientela. (...) Tolerar que se possa recondicionar produtos, sem submissão ao controle e aos padrões adotados pelo titular da marca – que também comercializa o produto no mercado –, significaria admitir a inequívoca confusão ocasionada ao consumidor que, ao adquirir produto da marca, espera obter bem de consumo que atenda a determinado padrão de qualidade e confiabilidade que associa ao signo. (...)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.207.952 - AM (2010/0144689-8), do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 23 ago. 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2014.

<sup>6</sup> “Diluição de marca é uma ofensa à integridade de um signo distintivo, seja moral ou material, por um agente que não necessariamente compete com o titular do sinal. O efeito da diluição de marca é a diminuição do poder de venda do sinal distintivo, seja pela lesão à sua unicidade, seja pela ofensa à sua reputação.” CABRAL, Filipe Fonteles. Diluição de Marca: Uma Teoria Defensiva ou Ofensiva?. Edição 59. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, julho/agosto de 2002. Disponível em: <[http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca\\_Detalhe.aspx?&ID=146&pp=1&pi=2](http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca_Detalhe.aspx?&ID=146&pp=1&pi=2)>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.761 - RJ (2002/0104945-0), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 1º out. 2002. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=720082&num\\_registro=200201049450&data=20030804&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=720082&num_registro=200201049450&data=20030804&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – Civil e Empresarial. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014;

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.279 de 1996 – a chamada Lei da Propriedade Industrial (LPI) – elegeu a distintividade como um dos (principais) meios de proteção à propriedade industrial. Nesta direção, aponta o art. 122 da LPI, que exige que a marca seja distintiva para poder ser registrada e o art. 124 da mesma Lei, mais especificamente o inciso XIX, que, em resumo, proíbe o registro de signos sem caráter distintivo.

Tamanha é a importância do princípio abordado neste primeiro tópico que a proteção dos signos pode se dar inclusive nos casos em que as empresas atuam em ramos comerciais aparentemente diferentes, pois a mera correlação dos produtos já gera um impedimento ao registro de marcas semelhantes ou iguais (pode-se citar, por exemplo, a correlação entre cobertores e mantas *vs.* lençóis e fronhas)<sup>9</sup>.

Em sede de regulamentação internacional, vale lembrar que a Convenção da União de Paris – CUP e o acordo TRIPs fixam a distintividade como elemento central do desenho jurídico das marcas.<sup>10</sup> Neste sentido, enquanto art. 6º quinquies B da CUP prevê expressamente a possibilidade de recusa ou invalidade do registro de marca quando não se mostrar distintivo<sup>11</sup>, o acordo TRIPs, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº. 1.355, dispõe que qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços comercializados por titulares distintos pode ser objeto de proteção das marcas.<sup>12</sup>

## **2. NOTAS SOBRE CONCORRÊNCIA DESLEAL E *TRADE DRESS***

Apesar da indubitável relevância do princípio abordado nas linhas acima, muitas vezes o signo distintivo por si só não é capaz de trazer uma

<sup>9</sup> “ Existência de registros conflitantes, eis que ambas as empresas comercializam produtos que, apesar de distintos uma, cobertores e mantas, a outra, lençóis e fronhas, estão inseridos no mesmo segmento mercadológico, tornando possível a ocorrência de confusão em relação ao público consumidor.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2). Apelação Cível nº 200851018073472. 1ª Turma Especializada. Relator: Des. Federal Marcello Ferreira de Souza Granado. Julgamento em 29/11/2011. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23491160/ac-apelacao-civel-ac-200851018073472-trf2>>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.

<sup>10</sup> BARBOSA, Denis Borges. Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Semiológica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 110.

<sup>11</sup> CONVENÇÃO da União de Paris. 07 de julho de 1883. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/CUP.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

<sup>12</sup> BRASIL. Decreto 1.355, promulgado em 30 de dezembro de 1994. Seção 2: Marcas/Artigo 15 - Objeto da Proteção/1. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/portal/>>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

proteção integral no caso concreto. Para suprir esta intrínseca limitação, o ordenamento criou mecanismos de combate à concorrência desleal, provendo um maior suporte às diversas situações fáticas que podem sobrevir. O seu grande diferencial em relação à distintividade é sua ampla atmosfera, abarcando não apenas a proteção das marcas e sinais distintivos, mas de todo e qualquer elemento caracterizador de um produto, serviço ou, até mesmo, da própria empresa como um todo. Contudo, segundo Gama Cerqueira,

*a grande dificuldade da matéria (...) surge justamente quando se trata de estabelecer limites precisos entre a concorrência legítima e a concorrência ilícita e de distinguir os meios leais e honestos dos que se consideram desleais e ilícitos.*<sup>13</sup>

No que tange a sua previsão legal, vale citar o inciso IV, do art. 170, da Constituição Federal, assim como o art. 2º, inciso V, da LPI, que reprime expressamente a prática de concorrência desleal no país<sup>14</sup>. Mais à frente, no art. 195, a LPI aponta, ainda, casos em que é considerada crime, sujeito à detenção ou multa.<sup>15</sup> Por último, o art. 209 desta Lei aponta para a possibilidade de compensação por perdas e danos contra aquele que pratica tal ato<sup>16</sup>. Apesar desta previsão esparsa, não há uma noção legal do que convencionou denominar concorrência desleal, muito menos princípios gerais de sua repressão.<sup>17</sup>

O caráter casuístico do que seria deslealdade talvez explique a enorme dificuldade da doutrina em definir de maneira concisa o conceito aqui debatido. Em outros termos, o nível de abusividade da concorrência varia de acordo com o ramo comercial estudado. Sendo assim, os parâmetros para avaliar o que caracteriza uma concorrência como sendo desleal e outra como sendo leal tendem a ser determinados de acordo com o caso concreto.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> CERQUEIRA, João Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. Vol.II, Tomo II, atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 278.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 9.279, promulgada em 14 de maio de 1996. *Lei da Propriedade Industrial*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em: 2 de novembro de 2014.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> CERQUEIRA, João Gama. *Tratado de Propriedade Industrial*. Vol.II, Tomo II, atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 275.

<sup>18</sup> “(...) não é a lei que define os limites da concorrência, mas as práticas, localizadas no tempo, no lugar, e no mercado específico, dos demais concorrentes, que vão precisar o que é lícito ou ilícito. Quando cada concorrente entra num mercado específico, encontra aí certos padrões de concorrência, mais ou menos agressivos, que vão definir sua margem de risco. Embora tais padrões possam alterar-se com o tempo, ou

Atendo-se ao tema proposto, esta variabilidade da concorrência desleal também afeta a análise do *trade dress* ou conjunto imagem, conceito este que foi definido pela Suprema Corte norte-americana quando decidiu a disputa judicial entre as franquias de *fast-food* de comida mexicana Two Pesos, Inc. e Taco Cabana, Inc, em 1992:

*“Trade dress” é a imagem total de um negócio. O trade dress do Taco Cabana pode englobar o formato e a aparência total do exterior do restaurante, o signo distintivo, a arquitetura do interior da cozinha, a decoração, o menu, o equipamento utilizado para servir comida, a uniforme dos empregados, e outras características que refletem a imagem total do restaurante. O trade dress de um produto é essencialmente a sua imagem total e sua aparência conjuntural. Ela envolve a imagem total de um produto, e pode incluir características como tamanho, formato, cores, combinação de cores, textura, gráficos e, até mesmo, técnicas de vendas.<sup>19</sup> (tradução livre)*

Como se observa, o *trade dress* abarca um conteúdo muito mais amplo do que as marcas, permitindo-se que qualquer característica que singularize determinado produto/serviço passe a ser valorizada. Contudo, diferentemente do ordenamento jurídico norte-americano<sup>20</sup>, o Brasil não possui leis específicas de proteção e registro do *trade dress*<sup>21</sup>, se resumindo

---

conforme o lugar, há padrões esperados e padrões inaceitáveis de concorrência.” BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003. p. 258.

<sup>19</sup> “[T]rade dress’ is the total image of the business. Taco Cabana’s *trade dress* may include the shape and general appearance of the exterior of the restaurant, the identifying sign, the interior kitchen floor plan, the decor, the menu, the equipment used to serve food, the servers’ uniforms and other features reflecting on the total image of the restaurant. (...) The ‘*trade dress*’ of a product is essentially its total image and overall appearance.” (...) It ‘involves the total image of a product and may include features such as size, shape, color or color combinations, texture, graphics, or even particular sales techniques.’ WHITE, Justice. Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. (91-971), 505 U.S. 763 (1992). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-971.ZO.html>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

<sup>20</sup> A possibilidade de registro do *trade dress* nos EUA decorre do fato de o sistema registral deste país ser mais abrangente, permitindo também o depósito de marcas não-tradicionais. Sendo assim, enquanto o Brasil, por força do art. 122 c/c com o art. 124, da LPI, só permite o registro de marcas tradicionais, ou seja, de sinais visualmente perceptíveis – divididos em marca nominativa, figurativa, mista ou tridimensional – o legislador norte-americano optou por liberar o registro de sons, aromas, cores, aparência de estabelecimentos etc. Dentro deste conjunto de marcas não-tradicionais se insere, portanto, o conjunto-imagem ou *trade dress* de um produto ou serviço. Em meio às marcas já depositadas no USPTO, podemos citar, por exemplo, o grito do Tarzan, protegido atualmente pelo registro nº 1639128, de 26 de março de 1991. Sobre o tema, vide: SIEMSEN, Peter Dirk; LEIS, Sandra. Novos Campos em Estudo para a Proteção da Propriedade Industrial: Marcas Não-Tradicionais. AIPPI Newsletter. Publicado em: 01 de janeiro de 2010. Disponível em: <[http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca\\_Detalhe.aspx?ID\\_LAYOUT=170&ID=633&pp=2&pi=2](http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca_Detalhe.aspx?ID_LAYOUT=170&ID=633&pp=2&pi=2)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

<sup>21</sup> “A proteção do ‘*trade dress*’ ou ‘conjunto-imagem’ é ainda considerada indefinida em nossa legislação, haja vista inexistir previsão específica na Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) e nas demais

à jurisprudência e à doutrina. Um caso de destaque em relação ao presente tema foi o litígio entre as empresas Mr. Cat e Mr. Foot. Neste sentido, vale citar algumas passagens da sentença favorável à Mr. Cat, que contou com um elucidativo trabalho pericial:

*(...) a similitude entre a marca da autora e a marca das rés mostra-se patente, tendo restado configurada tal situação na bem elaborada perícia, onde oportuno transcrever a conclusão a que chegou o Perito Judicial. Di-lo: "Pelo que consta do parecer dos especialistas, o fato de estarem montadas com a mesma disposição gráfica, ao se olhar rapidamente as duas marcas Mr. Cat e Mr. Foot se percebe que as mesmas provocam confusão na mente das pessoas. O prefixo 'mister', dos nomes Mr. Cat e Mr. Foot é outro ponto que leva as pessoas a confundirem as marcas. (fl. 243). As duas grifes decoram suas lojas com os mesmos recursos arquitetônicos onde utilizam madeira na mesma tonalidade de cor nas fachadas, prateleiras, escaninhos e balcões (...) outra forte semelhança também está na porta da entrada das lojas, em estilo 'porta de boutique', por onde passa apenas uma pessoa de cada vez (...) A loja Mister que estiver mais próxima do consumidor é a loja que virá a vender, porque os produtos são parecidos (...) a semelhança é indisfarçável (...) determino que as rés se abstenham das práticas que se assemelhem às características comerciais, devendo (...) alterar a decoração externa e interna das suas lojas, de modo a terem características próprias e que não se assemelhem ou confundam com aquelas utilizadas pela autora."*<sup>22</sup>

Na falta de legislação específica, o único meio legal para a tutela do *trade dress* é através dos mecanismos de combate à concorrência desleal. Este conceito, quando vinculado ao *trade dress*, visa proteger a empresa como um todo, não se limitando à tutela dos direitos de propriedade intelectual já previstos na legislação, tais como as marcas tradicionais, as patentes, os desenhos industriais etc.

Apesar da jurisprudência já vir adotando o conceito de *trade dress*,

---

legislações atinentes à proteção de direitos intelectuais." ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coordenadores). Propriedade Intelectual em Perspectiva. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 10.

<sup>22</sup> BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Goiás. 4ª Vara Cível da Comarca de Goiânia. Juiz de Direito: Luis Eduardo de Sousa. Ação de indenização n. 1101/1997. Proferida em: 17 de setembro de 2001. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A Proteção Autoral de Programas de Computador. Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. p. 5-6. 2003. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/inpisemiologia3.pdf>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2015.

ainda não se verifica maiores “aventuras” neste tema. As dificuldades interpretativas associadas à concorrência desleal acabam gerando decisões que repetem o conteúdo uma das outras, sem trazer fundamentos pautados em critérios objetivos que definam quando de fato ocorreu ou não um abuso a determinado *trade dress*.

### **3. A PROTEÇÃO DOS AROMAS ATRAVÉS DO TRADE DRESS**

#### **3.1. Os aromas e as discussões jurídicas**

Os aromas possuem uma importância para o ser humano que por vezes passa despercebido. Ao contrário de outros animais, o sentido predominante do homem é a visão, que, não raro, confunde e dificulta a compreensão efetiva da realidade. Sem diminuir a relevância da visão, este texto busca ressaltar a existência de um conjunto muito mais amplo de sentidos que, mesmo subconscientemente, influencia as vontades e tomada de decisões dos indivíduos.<sup>23</sup>

Porém, não é fácil balancear o entorpecimento causado pela visão com os demais sentidos. Isto porque aquilo que os olhos veem é concreto, “palpável” e imediato (ou, ao menos, parece), enquanto os cheiros, sons e gostos são subjetivos e extremamente difíceis de definir. Assim, mesmo que haja certa dose de subjetivismo do analista de um signo visual, parece, à primeira vista, que o elemento subjetivo é majorado quando se lida com os demais sentidos.

Como se define o aroma de um perfume? Pelas substâncias utilizadas na sua produção? Pelos efeitos emocionais que ele gera ao consumidor? Pelo seu nível de acidez? Pela sua representação gráfica/visual?<sup>24</sup> Não há

---

<sup>23</sup> “(...) ‘fatores ambientais’, como formato da embalagem, tamanho, porção e descrições no menu nos influenciam de modo inconsciente. O que mais surpreende é a magnitude do efeito – e da resistência das pessoas à ideia de que podem ter sido manipuladas. Mesmo reconhecendo às vezes que tais fatores podem influenciar outras pessoas, preferimos acreditar – erradamente – que eles não podem nos afetar.” MLODINOW, Leonard. *Subliminar: Como o Inconsciente Influencia nas Nossas Vidas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013. p. 20.

<sup>24</sup> A questão dos aromas ainda é mais complexa do que os gostos e sons. Isto porque, enquanto os gostos podem ser representados pelos ingredientes utilizados e os sons por um sistema de notas musicais universalmente aceito, os cheiros não possuem um método padronizado para defini-los. “Especialistas já propuseram diversos (...) métodos para definir perfumes, dentre os quais se incluem fórmulas físicas e químicas, descrições verbais, espectrogramas, bem como o uso de cromatografia.” (tradução livre) SANDRI, Stefano; RIZZO,

uma resposta correta – o que o consumidor sabe é que aquele perfume lhe dá prazer ou não.

Apesar dessa dificuldade, os sentidos além da visão possuem um grande diferencial: eles evocam de forma muito mais eficiente o subconsciente do ser humano, entrando na sua mente e trazendo lembranças há muito tempo esquecidas. Os cheiros, objeto deste capítulo, lembram viagens, relacionamentos, parentes, cidades, acontecimentos etc., sendo, por alguns, considerado a mais forte das sensações:

*Vários estudos revelam que o cheiro tem o potencial de evocar nossas emoções com maior força que qualquer outro sentido. Isto se deve ao fato de existirem mais conexões entre a região olfativa do cérebro e o complexo amígdalo-hipocampal (onde a memória emocional é processada) do que para qualquer outro sentido. O cheiro não é filtrado pelo cérebro; é instintivo e involuntário.<sup>25</sup>*

Enfim, não cabe aqui adentrar nas explicações bio-químicas desse tema, mas apenas constatar um fato: os consumidores podem ser estimulados por fatores que vão muito além da imagem estática de um produto, serviço ou estabelecimento comercial.<sup>26</sup>

Como resultado lógico dessa premissa, nota-se claramente que os mercados mais desenvolvidos já perceberam esse potencial e vêm investindo intensamente nas chamadas marcas não tradicionais.<sup>27</sup> Apesar disso, a questão dos aromas, em particular, ainda não vem gerando muito debate no âmbito dos tribunais, brasileiros ou estrangeiros.

A pouca discussão deste tema decorre do fato de que as pessoas, em geral, não reparam objetivamente nos aromas ao seu redor. Quando

---

Sergio. Non-conventional Trade Marks and Community Law. 1ª ed. Leicester, Reino Unido: MARQUES, The Association of European Trade mark Owners, 2003. p. 119.

<sup>25</sup> GOBÉ, Marc. A Emoção das Marcas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 147.

<sup>26</sup> O físico e colunista do New York Times, Leonard Mlodinow, sugeriu o seguinte exemplo em seu livro a esse respeito: “No estudo sobre as meias, os sujeitos examinaram quatro pares de meias de seda que, sem que soubessem, eram absolutamente idênticos, com a única diferença de terem sido levemente perfumadas com aromas diferentes. Os sujeitos ‘não tiveram dificuldade em dizer por que um par era o melhor’, e afirmaram ter percebido diferenças de textura, trama, tato, brilho e peso. As meias com um aroma específico foram preferidas às outras, mas os sujeitos negaram ter usado o aroma como critério, e apenas seis dos 250 testados chegaram a notar que as meias estavam perfumadas.” MLODINOW, Leonard. Subliminar: Como o Inconsciente Influencia nas Nossas Vidas. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013. p. 23.

<sup>27</sup> DRUMMOND, Frances; O’BRIEN, Jackie. Non-traditional marks under scrutiny. Inglaterra. Intellectual Property Magazine, Setembro de 2013. p. 63-64.

alguém entra em determinada loja, a sua percepção inicial é a arquitetura, a decoração, o visual dos produtos, os atendentes etc. – fatores ligados à visão do consumidor. Contudo, de forma subjetiva e involuntária, o cliente também capta as fragrâncias neste primeiro contato com o produto ou o serviço. Ainda não se sabe qual o percentual de influência que os cheiros exercem na decisão final dos indivíduos, mas uma coisa é certa: esse estímulo é mais intenso do que se imagina. Indo mais além, talvez seja o próprio aroma exalado pelo estabelecimento comercial que influencie o consumidor a entrar num primeiro momento.

Assim, se a percepção objetiva deste fenômeno é extremamente difícil para os consumidores, é plausível que também o seja para aqueles que pretendem copiar o *trade dress* de determinado produto ou serviço. Desta forma, não percebendo essa possibilidade de também reproduzir os aromas característicos da companhia original, dificilmente uma violação ao *trade dress* terá como fundamento a similaridade das essências utilizadas pelo autor e pelo réu da ação. Esta parece ser a explicação mais razoável para a pouca discussão neste tema.

Entretanto, vale destacar que assim como os mercados estão se desenvolvendo para implementar os aromas como elementos chaves na captação dos clientes<sup>28</sup>, a tendência é que os infratores tendam a também se atualizar neste sentido, ainda que em um ritmo mais devagar. Alguns países já possuem mecanismos, ainda que rudimentares, para conferir uma mínima proteção aos aromas e demais sentidos não-visuais.

Nos EUA, por exemplo, a proteção dos aromas pode ser feita mediante registro de marca não-tradicional. O instituto registral americano para marcas e patentes definiu que a característica do aroma pode ser registrada desde que se configurem dois critérios: seja não-funcional e devidamente distintiva. Tais requisitos devem ser demonstrados através de uma descrição detalhada da marca não-visual pretendida.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> “(...) como fizeram o fabricante de camisas de Londres, Thomas Pink, que aromatiza suas lojas com cheiro de ‘linho seco’, o Rainforest Café, que borriafa extratos de flores frescas em suas seções, e as lojas de móveis Jordan, em Massachusetts, Estados Unidos, que usa aroma de chiclete na seção infantil e de pinho em sua seção country.” GOBÉ, Marc. *A Emoção das Marcas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 149.

<sup>29</sup> MEZULANIK, Eleni. *The Status of Scents as Trademarks: An International Perspective*. International Trademark Association. INTA Bulletin, vol. 67, n. 1. 01 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheStatusofScentsasTrademarksAnInternationalPerspective.aspx>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

*Uma característica de um produto é funcional se é essencial ao uso e propósito do produto ou afeta a qualidade do produto. (...) Portanto, se o depositante puder mostrar que o aroma age como uma fonte identificadora, sem realizar nenhuma outra função significativa, o mesmo provavelmente passará pelo teste da não-funcionalidade.<sup>30</sup> (tradução livre)*

No entanto, mesmo que os EUA possuam um sistema registral desenvolvido e complexo, o seu método de análise das marcas olfativas ainda é um ponto bastante contaminado pelo subjetivismo.

O instituto registral do Reino Unido, que possui regras similares para o registro de marcas olfativas, já atuou em alguns casos conhecidos nesta seara. Um deles, de 1994, resultou no indeferimento do pedido de registro da marca olfativa “Chanel No. 5”. Na época em que a decisão foi prolatada, entendeu-se que a configuração do produto não pode resultar da sua natureza em si, isto é, o aroma do perfume se confundia com o próprio produto, não sendo possível registrá-lo como tal.<sup>31</sup> Este é o típico caso em que a característica aromática do produto viola o requisito da não-funcionalidade.<sup>32</sup>

Outro caso que não poderia passar despercebido iniciou-se com o pedido de registro da marca olfativa descrita como “o aroma de grama recém cortada” (“*the smell of freshly cut grass*”), para distinguir bolas de tênis. A depositante teve seu pedido negado pelo examinador inicial, sob o fundamento de que a referida descrição não constituía uma representação gráfica da marca, mas apenas uma mera descrição. Após

<sup>30</sup> “A nonfunctional scent mark, like product trade dress, may be registered on the Principal Register, but only with proof of acquired distinctiveness. TMEP §1202.13. (...) Therefore, if an applicant can show that the scent acts as a source identifier without performing any other significant function, the scent will likely pass the nonfunctionality test.” BURGETT, Jay M. *Hmm... What’s That Smell? Scent Trademarks: A United States Perspective*. International Trademark Association. INTA Bulletin, vol. 64, n. 5. 01 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Hmm%E2%80%A6What%E2%80%99sThatSmellScentTrademarks%E2%80%94UnitedStatesPerspective.aspx>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

<sup>31</sup> SCHAAL, Carsten. *The Registration of Smell Trademarks in Europe: another EU Harmonisation Challenge*. Inter-Lawyers. Lex E-Scripta. 2003. Disponível em: <<http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

<sup>32</sup> Neste sentido: “Um aroma, portanto, pode ter um caráter distintivo quando associado arbitrariamente a um produto que normalmente não emite qualquer aroma, ou quando é completamente diferente do aroma normal do produto que será depositado.” (tradução livre). SANDRI, Stefano; RIZZO, Sergio. *Non-conventional Trade Marks and Community Law*. 1ª ed. Leicester, Reino Unido: MARQUES, The Association of European Trade mark Owners, 2003. p. 116.

apelar da decisão junto à segunda instância do órgão registral europeu (*Office for Harmonization in the Internal Market – OHIM*), a Corte definiu que a expressão “o aroma de grama recém cortada” seria suficientemente distintiva, na medida em que qualquer um a reconheceria sem dificuldade. Pontuou, ainda, que a descrição (apesar de enxuta) traz a representação gráfica necessária para indicar precisamente o conteúdo da marca.<sup>33</sup>

O terceiro caso, cuja repercussão na comunidade europeia foi imensa, envolveu um sujeito chamado Ralf Sieckmann e o Escritório Alemão de Patentes (*German Patent Office*). A questão se iniciou com o pedido de registro da marca olfativa descrita como “balsâmico-frutado com ligeiras notas de canela” (“*balsamically fruity with a slight hint of cinnamon*”). Além desta descrição visual da essência, o depositante instruiu o pedido com sua fórmula química e amostras da substância.<sup>34</sup>

Apesar de seus esforços, Sieckmann viu seu pedido ser rejeitado e, irrisignado, apelou à Corte Federal de Patentes Alemã, que pediu ao Tribunal de Justiça da União Europeia (*Court of Justice of the European Union – CJEU*) que resolvesse a questão prejudicial acerca da interpretação do artigo 2º das Diretivas de Marcas da União Europeia.<sup>35</sup>

Nesta ocasião, a Corte afirmou que a representação gráfica dos sinais, prevista pelo artigo, deve ser orientada por alguns requisitos, quais sejam: o sinal deve ser claro (não pode ser ambíguo); preciso (não pode haver um sinal descrito de forma muito ampla, como, por exemplo, o nome de cores comuns); autônomo (como as notas musicais); de fácil acesso (de preferência, por meio de bases de dados); inteligível; durável (isto é, o sinal deve se manter consistente, sem variação); e objetivo.<sup>36</sup>

Munida desses critérios (denominados *Sieckmann Criteria*), a CJEU

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 121.

<sup>34</sup> DEVANEY, Mark. *A Future for the Non-traditional*. Intellectual Property Magazine, junho de 2011. p. 32. Disponível em: <<http://www.intellectualpropertymagazine.com/resources/pdfarchive/?pdfYear=2011>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

<sup>35</sup> “Artigo 2. Uma marca pode consistir em qualquer sinal capaz de ser representado graficamente, por palavras, particularmente, incluindo nomes pessoais, desenhos, letras, numerais, o formato de um produto ou sua embalagem, desde que tais sinais sejam capazes de distinguir produtos ou serviços de uma empresa e de outra.” (tradução livre). Official Journal of the European. Diretiva 2008/95/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:299:0025:0033:en:PDF>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

<sup>36</sup> BARKER, Katharina. *The ‘Sieckmann’ Criteria*. Lawdit Solicitors, 05 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.lawdit.co.uk/news/365/10/The-Sieckmann-Criteria>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

considerou que o aroma pretendido, mesmo com a descrição, a amostra e a fórmula química, não atendia os requisitos necessários à configuração da efetiva representação gráfica.<sup>37</sup> Para muitos, tal decisão representou um retrocesso no debate, dificultando enormemente o registro e proteção das marcas olfativas futuras na Europa.<sup>38</sup>

A análise desses três casos emblemáticos direciona o leitor para a situação atual dos aromas no âmbito da propriedade intelectual internacional. Sendo assim, é possível estabelecer três pontos convergentes acerca do tema: (i) os países que adotam o registro das marcas não-tradicionais, em geral, exigem a representação gráfica do aroma que se pretende registrar; (ii) ainda há grande dificuldade em definir como a proteção objetiva do aroma deve ocorrer na prática; (iii) mesmo com os critérios sugeridos no caso Sieckmann, o processo decisório das cortes permanece essencialmente subjetivo.

### 3.2. Análise empírica dos aromas das grifes FARM e Maria Filó

Em vista das conclusões insatisfatórias abordadas no tópico anterior, buscar-se-á verificar como o *trade dress* se desenvolve na prática, no dia-a-dia dos consumidores. Para tanto, serão estudados os elementos estéticos de duas grifes femininas famosas no país (em especial, no Rio de Janeiro): a FARM e a Maria Filó. A escolha por essas empresas se baseou em sugestões de pessoas próximas a este autor, que já haviam captado os aromas característicos utilizados nas lojas das referidas marcas. Com essa informação prévia, procedeu-se a uma pesquisa na internet que evidenciou a semelhança de preços, localidade dos estabelecimentos e público alvo, elementos que selaram definitivamente a escolha acima.<sup>39</sup>

A metodologia deste estudo será dividida entre a percepção do autor

<sup>37</sup> PEREZ, Cristina Hernandez-Marti. *The Possibility of IP Protection for Smell*. European Intellectual Property Review, Vol. 36, Issue 10, 2014. p. 666.

<sup>38</sup> DAVIS, Jennifer. *Between a sign and a brand: mapping the boundaries of a registered trademark in European Union trademark law*. In: *TradeMarks and Brands: An Interdisciplinary Critique*. BENTLY, Lionel; DAVIS, Jennifer; GINSBURG, Jane C. (editores). 1ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008. p. 72-73.

<sup>39</sup> Para fins de comparação, foram visitadas as seguintes lojas: FARM Ipanema: Rua Visconde de Pirajá, 365, lojas c-d- 202, 203 e 204; FARM Leblon: Av. Ataulfo de Paiva, 270, lojas 313/314, Shopping Rio Design Leblon; Maria Filó Ipanema: Rua Visconde de Pirajá, 351, Fórum de Ipanema; e Maria Filó Leblon: Av. Ataulfo de Paiva 270, 1º piso, Shopping Rio Design Leblon.

do presente trabalho e a percepção de terceiros, que será refletida nas respostas dadas às seguintes perguntas: **(i)** o que você acha do aroma da loja?; **(ii)** em que momento você notou o aroma da loja – antes de entrar, quando entrou ou após algum tempo dentro da loja?; **(iii)** como você descreveria o aroma da loja?; **(iv)** o aroma da loja lhe traz alguma lembrança?; **(v)** existe alguma fragrância padronizada para todas as lojas?; e **(vi)** você acha que o aroma da loja influencia o cliente a entrar e comprar ou serve apenas como um elemento “decorativo”?

### **3.2.1. A percepção de terceiros**

Esta primeira fase da pesquisa será o reflexo de entrevistas realizadas com meninas das classes econômicas média e alta da Zona Sul do Rio de Janeiro.<sup>40</sup> Para evitar uma leitura maçante e repetitiva, optou-se por não se delimitar as respostas individuais a cada uma das perguntas, mas, sim, trazer um apanhado geral das ideias sugeridas.

A primeira impressão que tal análise trouxe à baila é que o público feminino tende a se dividir quando confrontadas com a comparação entre a Maria Filó e a FARM. Isto pode se dar em razão de algumas diferenças conceituais marcantes entre as duas empresas, que serão abordadas detalhadamente na análise pessoal do autor, mais à frente. Contudo, apesar de considerarem os aromas diferentes, as respostas revelam que, no fundo, o sentimento passado pela fragrância das duas marcas é semelhante: a leveza, o frescor, o ar livre, o campo, o verão.

A similitude das sensações que os aromas da Maria Filó e da FARM trazem, não diminui, porém, seu aspecto singular. Todas as entrevistadas ressaltaram a fórmula marcante desses aromas. Uma inclusive afirmou ser possível reconhecer uma peça de roupa das referidas lojas apenas pela essência por ela exalada. Outras alegaram que durante e após a compra costumam cheirar as roupas, que, segundo elas, mantém a fragrância em seu tecido durante dias. E mais, junto a essas observações, a grande maioria assegurou, ainda, ter percebido o aroma das lojas antes mesmo de adentrá-las.

---

<sup>40</sup> As perguntas foram propostas às seguintes pessoas (que autorizaram a citação nesta dissertação): Fernanda Barrucho (22), Bárbara Moisés (25), Victoria Fabrianni (24), Luiza Mattos (20), Ingrid Frugoli (21), Laura Marcondes (24), Fernanda Alice (22), Amanda Apelfeld (25).

Não há outra conclusão a não ser a de que as empresas escolhidas prezam pelo reconhecimento de seus aromas característicos. As fragrâncias da Maria Filó e da FARM buscam incorporar todo o conceito das suas marcas em um só sentido. Nas palavras de uma das entrevistadas, “é como se o cheiro fosse parte da vitrine.”<sup>41</sup> Ou seja, o aroma caracteriza as companhias tanto quanto as próprias roupas, a decoração das lojas, o modo de atendimento, as marcas visualmente perceptíveis etc.

Sendo assim, considerando, *a priori*, a fragrância de uma loja como elemento chave para a composição do conceito da empresa, por que não utilizar as mesmas ferramentas jurídicas de proteção às características visualmente perceptíveis para tutelar um aroma adotado em determinada empreitada?

Para concluir esse raciocínio, vale o seguinte exemplo: suponha-se que determinada companhia deseja iniciar um negócio para competir com a Maria Filó ou a FARM. Para tanto, a empresa hipotética escolhe um conceito semelhante a uma dessas grifes, mas sem reproduzir de forma manifesta suas marcas, sua decoração de interiores e arquitetura. Contudo, como forma de atrair a clientela, passa a adotar a mesma fragrância por elas utilizadas, de modo que suas peças de roupa e a entrada de suas lojas se tornam impregnadas pelos aromas aqui analisados. Pergunta-se: esse ato praticado pela empresa hipotética é uma violação ao *trade dress* da Maria Filó ou da FARM?

Não é fácil responder a esta pergunta. Para tanto, é necessário avaliar se os aromas podem, de fato, ser distintivos. O que se tem em alguns países – a necessidade de uma representação gráfica – não é suficiente para formular uma avaliação real do tema, sendo apenas um modo simplório de solucionar uma questão complexa ainda em aberto.

Vale deixar aqui, por último, as seguintes falas, vindas diretamente de consumidoras do segmento comercial analisado, sobre o tema dos aromas em lojas femininas: (i) “cheiro bom pressupõe qualidade boa”<sup>42</sup>; (ii) “é até

---

<sup>41</sup> “Constituem a freguesia do estabelecimento comercial todas as pessoas que o frequentam e nele fazem, habitualmente, suas compras. (...) Ao lado dela existe a transunte, ou de passagem. Provocam-na as mercadorias expostas nos mostruários. Têm estes por escopo seduzir os transeuntes. (...) O transeunte é, silenciosamente, convidado a ver, a parar, a examinar, a namorar os artigos, afinal, a tocá-los, com os dedos.” FERREIRA, Waldemar Martins. Instituições de Direito Comercial. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. Vol. 2. p. 394-395.

<sup>42</sup> Interessante notar que o aroma agradável gera uma presunção de qualidade boa, apesar da qualidade e do

mais prazeroso para experimentar”<sup>43</sup>; e (iii) “Passar em frente a loja e sentir um aroma perfumado faz o cliente querer entrar na loja e provavelmente permanecer mais tempo nela.”

### **3.2.2. A percepção do autor**

As primeiras lojas a serem visitadas foram as da FARM, onde foi possível notar de imediato suas características bem particulares. Inicialmente, já se verifica quatro fatores distintivos: as localidades estratégicas das lojas, as cores fortes das roupas, o símbolo da marca (uma grande flor) e a fachada composta por largas treliças em conjunto com ripas finas de madeira clara.

A medida que o comprador se aproxima da loja, começa a notar as estampas com muitas flores e plantas. Verifica-se também que o interior da loja, em contraste com as roupas, apresenta uma tonalidade clara, voltada para o bege. Junto com as cores claras do ambiente, somam-se a luz amarela, algumas plantas e pedrinhas, que dão a impressão de que o consumidor está num ambiente calmo e leve – parece se estar na praia: o que seria mais representativo do Rio de Janeiro?

Finalmente, o consumidor chega à porta da loja, onde já se pode sentir um leve aroma, quase imperceptível em razão dos outros cheiros exteriores. Além disso, torna-se possível notar alguns objetos de decoração voltados ao público jovem, tais como bicicletas, skates e pranchas. O interior da loja busca, sem dúvida alguma, proporcionar um sentimento de conforto,

---

aroma não terem qualquer vínculo necessário entre si. Isso é um reflexo, em grande parte, do subconsciente, que liga os aromas agradáveis às experiências pretéritas positivas. Conhecendo esta presunção, em tese, seria possível utilizá-la de modo inverso, para impulsionar as vendas de produtos de qualidade inferior, mediante a utilização de fragrâncias agradáveis que serviriam de camuflagem para os consumidores. Neste sentido: “A informação é tão poderosa que sua mera presunção, pode gerar um forte efeito, ainda que a informação não exista de fato. (...) É comum que uma parte tenha melhores informações em uma negociação que a outra parte. Nas palavras dos economistas, esse caso é conhecido como assimetria de informação. Aceitamos como uma verdade do capitalismo que alguém (geralmente um especialista) sabe mais que outrem (geralmente um consumidor). (...) considere uma concessionária de automóveis: o vendedor fará o seu melhor para ofuscar o valor do carro através de uma montanha de acessórios e incentivos.” (tradução livre) LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. 1ª ed. Nova Iorque: Editora HarperCollins Publishers, 2005. p. 60-62.

<sup>43</sup> “Aromas podem alterar nosso humor. Resultados de testes mostraram um percentual de 40% de melhoramento do nosso humor quando somos expostos a fragrâncias prazerosas – principalmente se a fragrância trouxe uma lembrança feliz.” (tradução livre). LINDSTROM, Martin. BRAND sense: Build Powerful Brands through Touch, Taste, Smell, Sight, and Sound. 1ª ed. Nova Iorque: Free Press, 2005. p. 92.

leveza e relaxamento. Ao mesmo tempo em que há todo um conjunto de fatores que remete o público consumidor à natureza, o aroma do local contribui para dar um toque de limpeza, fragilidade e suavidade.

A fragrância ambiente da FARM, que é vendida nas lojas, é utilizada com bastante moderação, de modo que a transição do ambiente externo para o ambiente interno não é tão perceptível. Contudo, quando se sai da loja, nota-se que se está num ambiente neutro novamente. Em razão da padronização do aroma, é possível identificar a loja da FARM em diferentes localidades.

Em termos de descrição do aroma, não parece possível para o consumidor comum estabelecer uma representação gráfica muito elaborada. Para o presente autor, a fragrância ácida levemente adocicada das lojas tem influência crucial na captação de clientela. Contudo, ela por si só não tem a capacidade de levar o consumidor a comprar, sendo necessário contextualizá-la no ambiente e no estilo da FARM.<sup>44</sup>

No que tange a marca Maria Filó, a primeira diferença em comparação com a FARM, para um observador atento, é o estilo mais conservador das lojas, apesar de ambas as marcas terem surgido na mesma época.<sup>45</sup> Isso é refletido na própria posição dos produtos na vitrine – enquanto a FARM dispõe suas roupas diretamente para o público que está dentro da loja, não separando roupas de mostruário específicas para a vitrine, a Maria Filó utiliza uma organização mais usual, contando com uma vitrine composta por conjuntos de peças da loja e seus respectivos preços.

O estilo mais conservador da Maria Filó é refletido também na própria paleta cores utilizadas no estabelecimento: o ambiente é majoritariamente coberto por uma madeira pintada na tonalidade de cinza claro, colocada na parede em forma de painéis de estilo clássico europeu. As roupas ficam dispostas dentro de uma espécie de armário sem portas, com interior de madeira clara.

---

<sup>44</sup> Esta afirmação pode não ser absolutamente verdadeira. Algo no aroma da loja poderia invocar o subconsciente de determinado indivíduo influenciando-o a, eventualmente, comprar um de seus produtos. Basta lembrar o estudo exemplificado por Leonard Mlodinow no qual diversas pessoas analisaram pares de meias e escolheram as que mais lhes agradavam, sem saberem que se tratavam de meias idênticas, que se diferiam apenas pelo aroma. Contudo, o “estado da arte” da ciência e psicologia atual ainda não consegue definir o grau de persuasão que um cheiro exerce nas escolhas humanas. MLODINOW, Leonard. *Subliminar: Como o Inconsciente Influencia nas Nossas Vidas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013. p. 54.

<sup>45</sup> Ambas as marcas foram criadas no ano de 1997.

O tema de flores também aparece nas lojas da Maria Filó, mas vem acompanhado por roupas de uma coloração mais sóbria, variando entre o vermelho, vinho, preto, branco e marrom.

Em relação ao aroma dos estabelecimentos comerciais, parece que a empresa conseguiu refletir perfeitamente seu estilo através da fragrância utilizada em suas lojas. O impacto do aroma na Maria Filó é muito mais forte do que na FARM, o que pode ter sido calculado justamente para compensar os elementos visuais menos marcantes da primeira. Olhando-se a vitrine da loja já é possível sentir as “notas” do perfume utilizado no seu interior.

Juntamente com copos, porta-retratos e colares, a fragrância ambiente das lojas também é vendida pela Maria Filó. O aroma adocicado faz lembrar mulheres mais maduras e independentes. A aposta em um aroma mais forte é um risco pois aqueles que não se identificarem com o aroma tendem a ser mais facilmente repelidos pela loja. Por outro lado, caso o aroma adocicado e intenso da Maria Filó agrade o consumidor, a possibilidade de ele entrar no estabelecimento aumenta consideravelmente em comparação com a FARM, que utiliza a essência de forma mais moderada.

Passada a análise dos estabelecimentos comerciais da FARM e da Maria Filó, juntamente com o depoimento de consumidoras eventuais de ambas as lojas, verifica-se que ambas as empresas usam o tipo e a intensidade do aroma que mais identifica seu conceito. Esses exemplos não são casos excepcionais – outras marcas femininas com signos olfativos fortes também podem ser citadas, como a Leeloo, a Melissa, a Animale, dentre outras.

Enfim, as empresas de vestuário que se mostram mais prósperas atualmente, sobretudo as voltadas ao público feminino, se preocupam com os mínimos detalhes para agradar (e, eventualmente, influenciar) seus clientes, sendo talvez o aroma das lojas a estratégia mais velada nesse sentido.

Conforme se averiguou, as próprias consumidoras se recordam das fragrâncias da FARM e da Maria Filó e assumem que elas exercem certa influência na hora da compra. Constatase, assim, que os aromas são pontos expressivos das companhias, mas ainda é necessário averiguar se eles podem ser objetivamente distintivos, de modo a receber a mesma tutela que os elementos visuais do *trade dress*.

### 3.3. Aroma distintivo e sua proteção pelo *trade dress*

Como saber se o aroma faz parte do *trade dress* de uma companhia? Essa é uma pergunta chave para o presente estudo e para respondê-la é necessário avaliar se o aroma em questão possui distintividade. Como já mencionado acima, o mero fato de haver uma representação gráfica não parece suficiente para suprir o requisito da distintividade. Mesmo porque, a grande maioria dos aromas é impossível de se definir em palavras.<sup>46</sup>

Bem verdade que o caso Sieckmann, analisado anteriormente, trouxe requisitos para identificar se a representação gráfica de um aroma é ou não distintiva. Contudo, além da sua rigidez, a aplicação desses critérios ao caso concreto mais uma vez ensejaria decisões baseadas em palpites particulares dos julgadores. É necessário formular uma aproximação mais flexível e relativamente independente do elemento visual.

Dissertando sobre outra vertente do *trade dress*, a autora Cristiane Manzueto estabeleceu paradigmas objetivos para averiguar se determinado produto é distintivo – ela propôs um tipo de teste, cujas respostas seriam simples “sim” ou “não”:

1. *A aparência geral de determinado produto é conhecida por qualquer indivíduo, mesmo potenciais consumidores, em determinado segmento mercadológico?*
2. *Há inovação, tecnologia ou novidade em determinado produto?*
3. *Os consumidores já se habituaram a associar determinada aparência geral a determinado segmento mercadológico?*
4. *Há em determinada aparência geral de um produto a combinação de cores, formatos e/ou quaisquer outras características que podem ser observadas em outros produtos da mesma categoria?*
5. *Há no mercado outros produtos com aspectos conjunturais semelhantes?*
6. *A embalagem apresenta característica funcional?*
7. *Há sofisticação do consumidor e/ou alto grau de cuidado no seu momento da compra do produto?*<sup>47</sup>

<sup>46</sup> “Aromas são quase impossíveis de descrever. Nós somos expostos à milhares de diferentes cheiros e, mesmo assim, temos um vocabulário extremamente limitado para nos referirmos à eles. (...) Constantemente utilizamos o vocabulário mais amplo de alimentos e paladar para descrever uma essência.” (tradução livre). LINDSTROM, Martin. *BRAND sense: Build Powerful Brands through Touch, Taste, Smell, Sight, and Sound*. 1ª ed. Nova Iorque: Free Press, 2005. p. 24.

<sup>47</sup> MANZUETO, Cristiane Santos. Requisitos Objetivos para a Apuração da Distintividade nos Conflitos

O estudo em destaque, evidentemente, não busca englobar todos os elementos que podem ser protegidos pelo *trade dress*. O foco das perguntas acima são os litígios que envolvem o conjunto-imagem de produtos. Entretanto, não seria possível utilizar a estrutura desse questionário para também averiguar a distintividade de determinado sinal olfativo?

Alguns podem dizer que não é viável a aplicação dessas perguntas aos aromas, tendo em vista que as respostas implicariam em uma subjetividade excessiva, que sujeitaria as partes a uma decisão baseada exclusivamente no achismo. Em oposição a este argumento, não seria possível afirmar que, mesmo no caso de produtos, as respostas também seriam, em alguma medida, vinculadas às experiências pretéritas do analista?<sup>48</sup> De fato, os quesitos são objetivos, mas a escolha pelo “sim” ou pelo “não” sempre estará vinculada a um achismo daquele que decidirá a questão.

Não parece, portanto, haver motivos que impeçam a adaptação dos critérios acima aos casos em que os aromas sejam suscitados em eventual disputa envolvendo *trade dress*. Um litígio como este talvez pareça um mero devaneio acadêmico agora, mas pode se tornar uma realidade com o rápido desenvolvimento tecnológico e a consequente evolução dos métodos publicitários e de captação de clientela.

Atualmente, o *trade dress* (e a propriedade industrial em geral) ainda é visto majoritariamente sob sua ótica visual, não contemplando os outros sentidos do corpo humano. É neste ponto que o presente trabalho visa chamar a atenção dos leitores – os elementos além dos sinais visualmente perceptíveis (principalmente os aromas) apresentam-se como uma nova arma tanto para a defesa, quanto para a acusação, em casos envolvendo *trade dress*, mesmo que por via acessória.

Em determinadas situações específicas, suscitar a reprodução indevida dos aromas pode ser um novo caminho a ser seguido. Por exemplo, no caso de litígios relacionados ao conjunto imagem de grifes femininas uma

---

Judiciais Envolvendo o *Trade dress* de Produto. Rio de Janeiro: INPI, 2011. p. 80.

<sup>48</sup> “Indiscutivelmente, a questão da subjetividade não deveria apresentar maiores dilemas para marcas olfativas quanto para as marcas em geral. Os padrões legais usados para avaliar a similaridade de palavras ou cores são igualmente aplicáveis para determinações baseadas em gradações de essências. Falta apenas experiência (e casos precedentes)” (tradução livre). MATHESON, Julia Anne; DRAFFEN, Jennifer Adams. The Sweet Smell of a Successful Registration. Nova Iorque: Finnegan, Henderson, Farabow, Garrett & Dunner, LLP, março de 2003. Disponível em: <<http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=d28c44ca-6b7a-440b-a97d-ee09588e9c02>>. Acesso em: 12 de maio de 2015.

fundamentação englobando elementos visuais e olfativos do *trade dress* seria muito interessante, pois, como já foi visto, os aromas atualmente possuem importância fundamental na construção do conceito das marcas neste segmento mercadológico.

Não há dúvidas de que os elementos visuais serão por um bom tempo o foco principal das ações judiciais relacionadas ao *trade dress* (ao menos enquanto a ciência não puder demonstrar categoricamente o nível de influência que os demais sentidos exercem sobre o ser humano). A ideia aqui, porém, é que outros elementos, não visuais, também podem servir como argumentos acessórios para a fundamentação.

A partir desta constatação, o presente trabalho sugere a criação de uma nova lista de critérios, baseado no questionário destacado no início do tópico, para verificar a distintividade de determinado aroma eventualmente suscitado em um litígio judicial:

**1. O aroma de determinado produto ou estabelecimento comercial é conhecido por qualquer indivíduo, mesmo potenciais consumidores, em determinado segmento mercadológico?** Da mesma forma que existem produtos conhecidos e desconhecidos pelo público em determinado segmento mercadológico, também existem aromas em situação similar. Caberá ao interessado elaborar um estudo junto aos consumidores de forma a verificar o reconhecimento do aroma no segmento específico;

**2. Há em determinado aroma de um produto ou estabelecimento comercial características que podem ser observadas em outros produtos ou estabelecimentos comerciais da mesma categoria?** A descrição das características de um aroma, ao contrário dos elementos visuais, ainda é um campo impreciso. Em virtude dessa dificuldade, o “homem médio” tende a classificá-lo, de forma genérica e leiga, como doce, cítrico, suave ou neutro.<sup>1</sup> Sendo assim, a tendência é que esta pergunta seja respondida com “Sim”, visto que é comum a produtos e estabelecimentos comerciais da mesma categoria utilizarem aromas com características semelhantes;

**3. Há sofisticação do consumidor e/ou alto grau de cuidado no seu momento da compra do produto?** Esse critério dependerá enormemente do tipo de mercado que se analisa. No caso das grifes de vestuário feminino, foco deste trabalho, é evidente que, em situações normais, o aroma por si só não terá o condão de confundir um potencial cliente a ponto de fazê-lo entrar em uma loja concorrente. A (difícil) discussão que se deve travar aqui é se a reprodução indevida do aroma de uma grife por outra companhia exerce alguma influencia psicológica nos consumidores de modo a levá-los a adquirir um produto da concorrência.

Além dos quesitos acima<sup>49</sup>, o presente autor sugere três novos critérios para a averiguação da distintividade de um aroma:

4. O aroma é utilizado em alta intensidade no produto ou no estabelecimento comercial?;
5. É possível identificar o produto ou o estabelecimento comercial apenas pelo aroma?;
6. O aroma característico do produto ou do estabelecimento comercial é vendido aos consumidores?

A partir dessas seis perguntas, em tese, será possível solucionar a problemática inicial deste tópico: pode o aroma ser objetivamente distintivo? Sim, o aroma será distintivo quando o analista puder responder de forma positiva a maioria dos critérios. Quanto mais respostas “sim”, mais distintivo será o aroma. Delimitando-se a distintividade do aroma, o mesmo passará a fazer parte do *trade dress* de determinado produto ou estabelecimento comercial.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> É possível notar que alguns critérios propostos pela Cristiane Manzueto não foram inseridos no questionário sugerido neste trabalho. Essa distinção é necessária visto que tais critérios foram estabelecidos pela autora com foco no *trade dress* de produtos, existindo situações que não são compatíveis quando da análise dos aromas.

<sup>50</sup> O aroma se torna parte do próprio estabelecimento: “Com o nome de estabelecimento a doutrina dominante tem (...) indicado (...) o complexo de bens (materiais e imateriais, móveis e imóveis, e segundo alguns, também os serviços) que são os instrumentos de que o empresário se vale para o exercício da sua atividade empresarial” ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa (Profili dell’impresa). Tradução de Fábio Konder Comparato. Padova: Rivista del Diritto Commerciale, 1943. vol. 41, I. p. 119.

Não há como negar que a questão dos sinais olfativos é extremamente complexa. Por essa razão, a jurisprudência (mesmo em outros países) tem certa relutância em debater casos que envolvam essa temática. No entanto, o direito não pode fugir dos fatos – as questões práticas relativas ao tema já estão surgindo em alguns países e os tribunais ainda não têm conseguido proporcionar entendimentos inovadores neste sentido. Por enquanto, as disputas envolvem apenas questões de registro de marca não tradicional. Porém, é só uma questão de tempo para começarem a surgir litígios entre particulares envolvendo aromas.

Buscando colocar-se à frente no tempo e semear uma ideia inovadora, o presente trabalho aponta para a existência de uma face do *trade dress* praticamente inexplorada. A análise aqui elaborada evidenciou que, atendidos certos critérios de distintividade, um aroma poderá perfeitamente fazer parte do conjunto-imagem de determinado produto ou estabelecimento comercial. Dessa premissa se extrai que os meios usados para a proteção dos elementos visuais do *trade dress*, quais sejam, as normas-texto de combate à concorrência desleal, também devem ser aplicáveis na tutela dos seus elementos olfativos, quando existentes.

#### 4. CONCLUSÃO

O processo de sofisticação dos mercados vem cada dia exigindo uma maior criatividade do empreendedor. Se antes a estratégia comercial mais comum era apenas usar uma marca forte, hoje tem se buscado trazer ao consumidor experiências sensoriais mais completas. Elementos como os aromas, por exemplo, reduzem atualmente a primazia dos sinais visualmente perceptíveis como captadores de clientela.

Com essa mudança de paradigma (que, vale dizer, ainda está em curso), esses elementos não-visuais, em alguns casos, passaram a se consagrar como verdadeiros pontos característicos de determinados empreendimentos. Tais como as marcas visuais, os aromas se tornaram meios de identificação de um produto ou serviço.

Para confirmar tal tese, buscou-se desenvolver uma pesquisa de campo em um ramo comercial específico – grifes de vestuário feminino. A partir

deste ponto, as lojas FARM e Maria Filó foram escolhidas e analisadas sob o ponto de vista deste autor e de diversas consumidoras. A conclusão que se chegou foi justamente que os aromas geram uma associação direta do consumidor à marca e aos produtos. No caso de o consumidor não conhecer a marca, o elemento olfativo passa a servir como uma espécie de vitrine da empresa, influenciando sua clientela em potencial a entrar nas lojas e comprar seus produtos.

A utilização mais intensa e frequente dos sinais olfativos veio acompanhada de uma preocupação por parte dos empreendedores em protegê-los juridicamente – afinal, sua reprodução por um terceiro implicaria na imitação do próprio conceito do produto ou serviço respectivo. Neste sentido, alguns países passaram a permitir o registro de marcas olfativas, mediante a apresentação de uma reprodução gráfica distintiva.

O grande problema desse método, entretanto, é que nem sempre será possível descrever os aromas em palavras. A natureza sensorial da visão é muito diferente da do olfato. Grosseiramente falando, seria como usar receita de pudim para fazer uma feijoada. Desta forma, tal exigência acaba limitando exageradamente o âmbito de proteção dos aromas, o que não condiz com a realidade comercial da atualidade.

Outra hipótese de proteção dos aromas seria através da sua projeção como parte do *trade dress* do produto, serviço e/ou estabelecimento comercial. O conjunto-imagem, como se sabe, possui uma amplitude maior do que as marcas, na medida em que engloba todas as características distintivas de determinado empreendimento. Porém, para que esse conceito possa se aplicar aos aromas, haveria, mais uma vez, a necessidade de comprovar que o sinal possui distintividade. Se a representação gráfica não é a melhor maneira de avaliar se um elemento olfativo é, de fato, distintivo, existiria algum outro método para proceder com tal análise?

Partindo-se do pressuposto de que o aroma, como uma propriedade, deveria possuir um contorno objetivo, sob pena de violar a própria liberdade de concorrência, o presente trabalho buscou propor uma lista de critérios objetivos que possibilitassem definir se um sinal olfativo é ou não distintivo. Este método retira um pouco do achismo e rigidez característicos do tema, conferindo-lhe um fundamento mais sólido e padronizado.

Apesar da discussão dos aromas, como parte conjunto-imagem, ainda não ter grande influência prática no Brasil, a tendência é que ela venha a aumentar nos próximos anos devido à maior inserção do país na economia global, à intensificação do empreendedorismo nacional e à entrada de empresas atuantes em setores comerciais mais desenvolvidos. As disputas relacionadas ao *trade dress* só tendem a ficar mais detalhistas e aprofundadas, o que exigirá a utilização de novos artificios para a defesa e acusação, e novas fundamentações para os magistrados. O aroma, portanto, parece despontar como um novo elemento, ainda inexplorado, a ser inserido nos litígios judiciais, mesmo que por via acessória na maioria dos casos.

**Abstract:** The article analyzes the aromas as a new perspective of the *trade dress* highlighting its essential role of identifying products and services, especially in the female clothing segment. For this purpose, a field research was conducted in FARM and Maria Filó stores, which provided the grounds to develop objective criteria for determining the distinctiveness of aromas. Finally, this paper examines the possibility of protecting aromas in a similar way to visually perceptible signs.

**Keywords:** Intellectual Property – Industrial Property – Trademarks – Distinctiveness – *Trade dress* – Aroma – Female Clothing – FARM – Maria Filó.

## BIBLIOGRAFIA

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coordenadores). Propriedade Intelectual em Perspectiva. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;
- ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa (Profili dell'impresa). Tradução de Fábio Konder Comparato. Padova: Rivista del Diritto Commerciale, 1943. vol. 41, I.
- BARBOSA, Denis Borges. Proteção das Marcas: Uma Perspectiva Semiológica. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;
- \_\_\_\_\_. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003;
- BARKER, Katharina. The 'Sieckmann' Criteria. Lawdit Solicitors, 05 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.lawdit.co.uk/news/365/10/The-Sieckmann-Criteria>>. Acesso em: 15 de abril de 2015;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.207.952 (2010/0144689-8), do Tribunal de Justiça do Amazonas. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 23 ago. 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001446898&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20 de agosto de 2014;

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.761 (2002/0104945-0), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Nancy Andriighi, 1º out. 2002. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?comp onente=ATC&sequencial=720082&num\\_registro=200201049450&data=20030804&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?comp onente=ATC&sequencial=720082&num_registro=200201049450&data=20030804&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 16 de setembro de 2014;
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2). Apelação Cível nº 200851018073472. 1ª Turma Especializada. Relator: Des. Federal Marcello Ferreira de Souza Granado. Julgamento em 29/11/2011. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23491160/ac-apelacao-civel-ac-200851018073472-trf2>>. Acesso em: 01 de novembro de 2014.
- BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Goiás. 4ª Vara Cível da Comarca de Goiânia. Juiz de Direito: Luis Eduardo de Sousa. Ação de indenização n. 1101/1997. Proferida em: 17 de setembro de 2001. In: SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A Proteção Autoral de Programas de Computador. Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. p. 5-6. 2003. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/inpisemiologia3.pdf>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2014;
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – Civil e Empresarial. 1ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014;
- BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em: 2 de novembro de 2014;
- BRASIL. Decreto 1.355, promulgado em 30 de dezembro de 1994. Seção 2: Marcas/Artigo 15 - Objeto da Proteção/1. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/portal/>>. Acesso em: 05 de novembro de 2014;
- BURGETT, Jay M. Hmm...What's That Smell? Scent *Trademarks*: A United States Perspective. International *Trademark Association*. INTA Bulletin, vol. 64, n. 5. 01 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/Hmm%E2%80%A6What%E2%80%99sThatSmellScentTrademarks%E2%80%94UnitedStatesPerspective.aspx>>. Acesso em: 12 de abril de 2015;
- CABRAL, Filipe Fonteles. Diluição de Marca: Uma Teoria Defensiva ou Ofensiva?. Edição 59. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, julho/agosto de 2002. Disponível em: <[http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca\\_Detalhe.aspx?&ID=146&pp=1&pi=2](http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca_Detalhe.aspx?&ID=146&pp=1&pi=2)>. Acesso em: 30 de agosto de 2014;
- CERQUEIRA, João Gama. Tratado de Propriedade Industrial. Vol. II, Tomo II, atualizado por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;
- CONVENÇÃO da União de Paris. 07 de julho de 1883. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/CUP.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2014;
- DANIEL, Denis Allan. Litígios envolvendo conjunto-imagem (*trade dress*) no Brasil. Publicado em: 25 de out. de 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI31773,91041-Litigios+envolvendo+conjuntoimagem+trade+dress+no+Brasil>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2015;

- DAVIS, Jennifer. Between a sign and a brand: mapping the boundaries of a registered *trade* mark in European Union *trade* mark law. In: *Trade Marks and Brands: An Interdisciplinary Critique*. BENTLY, Lionel, DAVIS, Jennifer e GINSBURG, Jane C. (editores). 1ª ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008;
- DEVANEY, Mark. A Future for the Non-traditional. *Intellectual Property Magazine*, junho de 2011. p. 32. Disponível em: <<http://www.intellectualpropertymagazine.com/resources/pdfarchive/?pdfYear=2011>>. Acesso em: 15 de abril de 2015;
- DRUMMOND, Frances; O'BRIEN, Jackie. Non-traditional marks under scrutiny. *Inglaterra. Intellectual Property Magazine*, setembro de 2013;
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, vol. 2.
- GOBÉ, Marc. *A Emoção das Marcas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002;
- LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*. 1ª ed. Nova Iorque: Editora HarperCollins Publishers, 2005;
- LINDSTROM, Martin. *BRAND sense: Build Powerful Brands through Touch, Taste, Smell, Sight, and Sound*. 1ª ed. Nova Iorque: Free Press, 2005.
- MANZUETO, Cristiane Santos. *Requisitos Objetivos para a Apuração da Distintividade nos Conflitos Judiciais Envolvendo o Trade dress de Produto*. Rio de Janeiro: INPI, 2011;
- MATHESON, Julia Anne; DRAFFEN, Jennifer Adams. The Sweet Smell of a Successful Registration. Nova Iorque: Finnegan, Henderson, Farabow, Garrett & Dunner, LLP, março de 2003. Disponível em: <<http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=d28c44ca-6b7a-440b-a97d-ee09588e9c02>>. Acesso em: 12 de maio de 2015;
- MEZULANIK, Eleni. The Status of Scents as *Trademarks*: An International Perspective. *International Trademark Association. INTA Bulletin*, vol. 67, n. 1. 01 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.inta.org/INTABulletin/Pages/TheStatusofScentsasTrademarksAnInternationalPerspective.aspx>>. Acesso em: 12 de abril de 2015;
- MLODINOW, Leonard. *Subliminar: Como o Inconsciente Influencia nas Nossas Vidas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013;
- Official Journal of the European. Diretiva 2008/95/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:299:0025:0033:en:PDF>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.
- PEREZ, Cristina Hernandez-Marti. The Possibility of IP Protection for Smell. *European Intellectual Property Review*, Vol. 36, Issue 10, 2014;
- PORANGABA Luis Henrique. Princípio da Exaustão e os Direitos Residuais sobre a Marca. *Revista da EMARF – Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região*. 2011. p. 257-269. Disponível em: <<http://www.murtagoyanes.com.br/pt/principio-da-exaustao-e-os-direitos-residuais-sobre-a-marca-2/>>. Acesso em: 19 de agosto de 2014;
- SANDRI, Stefano; RIZZO, Sérgio. *Non-conventional Trade Marks and Community Law*. 1ª ed. Leicester, Reino Unido: MARQUES, The Association of European *Trade* mark Owners, 2003;

---

SCHAAL, Carsten. The Registration of Smell *Trademarks* in Europe: another EU Harmonisation Challenge. Inter-Lawyers. Lex E-Scripta. 2003. Disponível em: <<http://www.inter-lawyer.com/lex-e-scripta/articles/trademarks-registration-smell-EU.htm>>. Acesso em: 12 de abril de 2015;

SIEMSEN, Peter Dirk; LEIS, Sandra. Novos Campos em Estudo para a Proteção da Propriedade Industrial: Marcas Não-Tradicionais. AIPPI Newsletter. Publicado em: 01 de janeiro de 2010. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <[http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca\\_Detalhe.aspx?ID\\_LAYOUT=170&ID=633&pp=2&pi=2](http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca_Detalhe.aspx?ID_LAYOUT=170&ID=633&pp=2&pi=2)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015;

WHITE, Justice. Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. (91-971), 505 U.S. 763 (1992). Acesso em: 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/91-971.ZO.html>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2014.

---

# *MAIORIDADE PENAL: ASPECTOS MÉDICO-LEGAIS*

---

*Dimas Soares Gonçalves - Pós-graduação em Perícias Médicas  
Universidade Católica de Petrópolis - UCP*

Resumo: A aprovação da PEC171/1993 pela Comissão de Constituição e Justiça em 31 de março de 2015 reacendeu a polêmica em torno da maioridade penal; diversos argumentos, favoráveis e contrários, tangenciam o cerne da questão. A passagem súbita e radical da inimputabilidade para a imputabilidade no dia do aniversário de 18 anos constitui modelo frágil e questionável, pois a maturidade necessária para se responder por seus atos é adquirida ao longo de processo longo e gradual, e não de um dia para o outro. Para propor modelo melhor embasado e, portanto, mais justo, procedeu-se à pesquisa bibliográfica das noções jurídicas de responsabilidade e maioridade penais, culpabilidade, imputabilidade, dimensões cognitiva e volitiva. Na contextualização histórica verificou-se que o uso do critério biopsicológico, usado desde 1940 para avaliar imputabilidade e sanidade mental, lida melhor com a complexidade humana do que o biológico-cronológico usado para imputabilidade e maturidade. Descobertas das neurociências na literatura médica corroboram a adolescência como largo período de lento adquirir de maturidade, primeiro cognitiva e depois volitiva. Propõem-se a substituição do atual modelo por outro que considere faixa etária larga na qual maturidade/imaturidade não sejam presumidas, mas aferidas por equipe multiprofissional (critério biopsicológico), com a imputabilidade concluída caso a caso.

**Palavras-chave:** Imputabilidade. Maturidade. Maioridade penal. Critério biopsicológico.

## **1. INTRODUÇÃO**

Em 31 de março de 2015 a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da

Câmara dos Deputados anuncia ao país a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 171/1993, cuja proposta é de reduzir a maioria penal no Brasil de 18 para 16 anos. O acalorado debate trouxe temperaturas estivais ao outono recém-começado, abrangendo praticamente toda a imprensa, com posições altamente polarizadas, como poucos assuntos conseguem no palco nacional, talvez somente o aborto, o casamento homoafetivo ou a descriminalização de drogas ora ilegais.

A polêmica circundante ao tema possui várias camadas e matizes e faz-se mister visão panorâmica sobre tantas opiniões, cada uma merecedora de longa discussão - mas talvez raríssimas, e este será o ponto discutido abaixo, tocando o cerne da questão - a fim de situá-lo no atual cenário político.

Inicialmente, a maioria penal é prevista na Carta Magna - art. 228 da Constituição Federal (CF) - e não em lei ordinária como em grande parte das nações. Desdobra-se a questão, não pacífica na doutrina jurídica, se a fixação nos 18 anos deve ou não ser considerada cláusula pétrea. Em caso afirmativo, a PEC seria inconstitucional, e nada como uma cláusula pétrea para pôr uma pedra sobre o assunto. Contudo, posição contrária é defendida por parcela considerável de juristas, e seguramente pelos 6 senadores e 38 deputados federais que já propuseram PECs neste sentido (incluindo o autor da PEC 171/93). Argumenta-se ser cláusula pétrea o estabelecimento da maioria penal, ou seja, da noção de que o fator maturidade decorrente da idade, é pré-condição indispensável para haver imputabilidade. Todavia a fixação de qual idade determinará a linha divisória seria passível de alteração por emenda constitucional. (ODON, 2013, p.1).

De menor impacto, o fato do Brasil ser signatário de tratados internacionais, condição prevista no § 2º do art. 5º da CF. Em 1989, a Organização das Nações Unidas, prescreveu a definição de uma idade mínima, sem precisá-la, fato compreensível diante da multiplicidade de normas internacionais de difícil alinhamento (HAZEL, 2008). Já no item 4 da Regra de Beijing (ou Carta de Pequim), quatro anos antes, recomendava-se que o começo da responsabilidade penal para jovens «não deverá fixar-se numa idade demasiado precoce, levando-se em conta as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual”.

Tratados mais longevos, como a Convenção Americana de Direitos

Humanos (1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (1966), fazem eco à recomendação de idade mínima sem precisá-la (arts. 5º.5 e 14.4, respectivamente), porém são explícitos em proibir a pena capital para menores de 18 anos - arts. 4º.5 e 6º.5, respectivamente (ODON, 2013, p.1). Na contra-mão dos anteriores, e valendo-se de sua posição peculiar de ditar regras internacionais para julgar indivíduos acusados de crimes contra a humanidade, o Tribunal Penal Internacional estabeleceu, no art. 5º.1 do Estatuto de Roma, a maioria penal aos 18 anos, o que só se aplica aos crimes sob sua competência. (ODON, 2013, p.2) e (PENALreform, 2013, p. 2)

Em informações, encontradas nas revistas e periódicos como *Le Monde Diplomatique*, *Pragmatismo Político* e *Carta Capital*, opositores da redução argumentam que a inclusão de jovens infratores com menos de 18 anos no sistema prisional brasileiro destinado a adultos, portador de (má) fama internacional talvez só comparável à do futebol, apenas iria inchar ainda mais prisões superlotadas e adiantar as aulas de crime prestadas nestas unidades, despejando na sociedade, anualmente, classes de reincidentes cada vez melhor formados, já que o curso teria passado a aceitar alunos mais jovens.

Acrescentam ser diminuto o volume real de crimes cometidos por jovens entre 16 e 18 anos, correspondendo a 0,9% dos crimes cometidos no país, segundo a Secretaria Nacional de Segurança Pública - e se fossem considerados apenas homicídios e tentativas de homicídios, o percentual cairia para 0,5% - o que tornaria a medida de baixo impacto em relação aos índices de violência. Sabedores de que o valor médio do Índice de Homicídios na Adolescência (IHA) apresentado pela UNICEF (2009, p.7), para 267 municípios estudados, é de 2,03 adolescentes mortos por homicídio antes de completar os 19 anos, para cada grupo de 1.000 adolescentes de 12 anos, os adolescentes seriam muito mais vítimas a serem protegidas do que algozes impunes. Como lembra REALE, os adolescentes são muito mais vítimas de crimes do que autores, contribuindo este fato para a queda da expectativa de vida no Brasil. (2009, p.212).

Enfim, frisam a dívida social do Estado para com a infância e juventude não contempladas com condições mínimas de dignidade no tocante a habitação, saneamento básico, acesso à educação e à saúde, entre outros

nos quais se incluem as próprias diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tão criticado como inepto mesmo sem ter tido a chance de ter suas medidas realmente implementadas de forma abrangente e profunda, conforme apresentado por Leite (2014, p.11). Acrescentam serem as medidas sócio-educativas do Estatuto citado rigorosas o suficiente. O reputado professor de Medicina Legal, Genival Veloso de França, lembra que, para um adulto cumprir uma pena em penitenciária de 3 anos (prazo máximo de internação de adolescentes em estabelecimento educacional), teria ele sua pena situada em 18 anos (...) (FRANCA, 2013, p.482).

A questão do aliciamento de menores por grupos criminosos para delitos de maior exposição, tais como a entrega de drogas ilegais (“avião”) dentro do tráfico, aproveitando-se da inimputabilidade para resguardar os mandatários, maiores de 18 anos, divide os favoráveis e os contrários. Os primeiros advogam minoração da situação, alegando ser mais difícil contar com adolescente mais jovens - por exemplo abaixo de 16 anos - para o serviço, devido a menores compleição física e sagacidade. Os segundos alegam que haverá, apenas, a redução concomitante da idade dos “aviões” e afins, sem resolução do problema.

Os apoiadores da proposta argumentam que a questão ultrapassa números e estatísticas, tocando antes na proteção dos bens jurídicos, através da punição exemplar. As penas, em geral, não podem ter apenas caráter ressocializante, mas também reparatório face a graves agressões a bens jurídicos, sobretudo ao maior, a vida humana. Crimes notórios não seriam, como dizem os contrários, raridades a alimentar a sede de sangue da imprensa, mas fatos constantes, mesmo que incomuns, a gerar grave sensação de impunidade, de desproteção e desatenção do cidadão comum ante a violência.

A consequência, indesejada por todos, seria a instabilidade social a levar os comuns a praticar com as próprias mãos aquilo que entendem ser dever, negligenciado, das autoridades legalmente constituídas. Justiciamento, como no caso do menor, espancado e atado a um poste pelo pescoço por tranca de motocicleta, em fevereiro de 2014, deveriam alertar o legislador de perigosas práticas à margem da lei, reedições da Lei de Talião, a alertar sobre outras leis que insistem em não atualizar. Apesar da posição contrária da autora quanto à redução, sua frase, paradoxalmente, ilustra

perfeitamente o pensamento exposto: “não é o Direito Penal um purificador de almas nem sua missão é combater a violência seja no âmbito adulto ou juvenil. Cumpra-lhe a defesa de bens jurídicos importantes e evitar e coibir as lesões mais graves”. (LEITE, 2014, p.12)

Outra face da sensação de impunidade pode ser vista, não ao largo da lei, mas no risco de que a ausência de mudanças mais comedidas da legislação possa gerar a chance, em momentos de crise institucional, de alterações mais radicais, muitas vezes contrárias ao bom senso até da maioria dos favoráveis à redução para 16 anos. Há que se citar a existência, no Senado Federal, de uma PEC com previsão de maioridade penal, em crimes hediondos, acima de 13 anos (90/2003), e na Câmara dos Deputados, PECs prevendo maioridade penal aos 12 anos (345/2014), aos 14 anos (169/1999) e até a que excepciona a imputabilidade penal em crimes hediondos, sem estabelecer critério de idade (382/2014). (vide anexo 2).

A base para a sensação de impunidade frente a determinados crimes praticados por menores se encontra no que chamarei doravante, algo jocosamente, de *fator Cinderela*: o jovem entra na maioridade penal, ou seja, passa a ser considerado imputável, no que tange o binômio idade/maturidade, à meia noite do dia de seu aniversário de 18 anos. Impossível não evocar a imagem da personagem de Charles Perrault, imortalizada pelos estúdios Disney, à meia-noite perdendo todos os encantos da fada madrinha e voltando, em um átimo, à condição nada encantada do comum dos mortais. O mesmo ocorre com jovens, para quem os poderes da fada da inimputabilidade desaparecem nesta emblemática meia-noite, de um segundo para outro, devolvendo-os ao peso da justiça de todos os demais adultos. A falta de razoabilidade desta mudança súbita e irreversível, de estado retorna, de forma cruel, quando se tem notícia de crime praticado por jovens com pouco menos de 18 anos ou com aparência e desenvoltura claramente compatíveis com outros de maior idade.

Ainda chocam crimes como o de Victor H. Deppman, ocorrido em 2013, cujo assassino completaria 18 anos três dias após o fato, de João Hélio Vieites, arrastado por sete quilômetros atado a um carro roubado e conduzido por três adultos e um menor de 17 anos, em 2007, e o do casal Liana Friedenbach e Felipe Caffé, em 2003, com direito a detalhes como cárcere privado de dias e sevícias sexuais antes do assassinato,

onde a quadrilha de quatro adultos parecia ser chefiada por um menor, então com 16 anos. Tais situações, socialmente revoltantes, fizeram a conhecida psiquiatra forense Kátia Mecler declarar, à época do primeiro crime citado, que:

essa limitação da idade de 18 anos foi estabelecida no Código Penal de 1940. Nós vivíamos em outro mundo, com outros estímulos. Não se pode dizer que um jovem de 18 anos daquela época é o mesmo do de hoje. O acesso à informação e à tecnologia favorece o desenvolvimento desse cérebro precocemente (MECLER, 2013).

De maneira mais formal, Guido Arturo Palomba (2003), em seu clássico Tratado de Psiquiatria Forense civil e penal, já declarava:

*sobre esta questão da menoridade há nevoeiros perpétuos enublando o entendimento correto do problema, a ponto de os legisladores esquecerem os mais mezinhos princípios da natureza, despautério esse que não se prende somente aos brasileiros, uma vez que, nos principais países do mundo, as falhas se repetem. Talvez a mais grave seja o fato de se passar da inimputabilidade para a imputabilidade, sem a admissão de uma zona fronteira entre ambas. Com efeito, hoje juridicamente, aqui no Brasil, um indivíduo com 17 anos, 11 meses e 29 dias, se cometer um delito, por mais hediondo que seja, é absolvido do crime, por força da lei (art. 27 do Código Penal). Se esse indivíduo praticasse o mesmo crime um dia depois, ou seja, com 18 anos, sofreria consequências jurídicas completamente diferentes, podendo resultar em condenação com a pena de reclusão, por longo tempo. Assim, passa-se do nada para o tudo, da inimputabilidade para a imputabilidade, da absolvição para a condenação, cujo maniqueísmo agride frontalmente as leis da natureza e da vida. Na natureza, nada se dá aos saltos (natura no facit saltus), ou seja, quando terminar a noite não é exatamente naquele momento que começa o dia: há entre ambos, a aurora [...]. Por analogia, entre a criança, que não tem controle das funções intelectuais e emocionais, e o adulto que o tem, há a adolescência.*

Sem desconsiderar os argumentos supracitados, e outros tantos a colorir tão animado debate, entendo que o último toca no cerne da questão, a razão mesma da existência do dispositivo legal da maioridade penal. Sem profunda reflexão nos pressupostos médicos, psicológicos e jurídicos

envolvidos, corre-se o risco do debate histórico e estéril, movido não pelo senso de justiça social, mas por ventos panfletários e partidários.

## 2. CONCEITO DE CRIME

O tópico Maioridade Penal faz parte do capítulo da imputabilidade, um dos alicerces conceituais do Direito Penal. Não há como prosseguir na discussão sem antes discorrer sobre o conceito de crime, de forma resumida, pois a exposição das diversas doutrinas, da evolução filosófica e das controvérsias ainda vigentes demandaria uma obra enciclopédica. A partir da evolução da responsabilidade objetiva para a concepção psicológica da culpabilidade, daí para a teoria psicológico-normativa, chegou-se à concepção normativa pura, ou teoria finalista, da qual o Código Penal brasileiro e os doutrinadores mais recentes estão impregnados (LEITE, 2014, p.4).

De acordo com o finalismo, uma ação humana, para ser considerada criminosa, deve ser *típica* e *ilícita (antijurídica)*. O terceiro elemento, *culpável*, fundamental para este estudo, divide os juristas se deveria ser considerado elemento constitutivo do crime, como os dois primeiros - se não é culpável, “não há crime” -, ou como pressuposto da pena - ato típico e ilícito, mas não culpável, seria crime, mas “o agente é isento de pena”. (LEITE, 2014, p.4).

A tipicidade se define pelo fato da conduta estar previamente descrita como criminosa na lei penal, ou seja, é a subsunção de um ato a um tipo (legal). Na realização deste ato, deverá estar presente ou dolo - ação propositalmente orientada para um fim típico, consciente do nexos entre a ação e o resultado - ou culpa, entendida como a “inobservância do dever objetivo de cuidado, fazendo com que o comportamento produza um resultado não querido, mas previsível” (OLIVEIRA, [s.d], p.24). A culpa se dá nas modalidades da imprudência, da negligência ou da imperícia. Na legislação penal brasileira, os tipos penais são, *a priori*, dolosos, havendo somente tipo culposos para alguns crimes e, nestes casos, o adjetivo *culposos* deve estar claramente mencionado. Assim, qualquer ação voluntária que atente diretamente contra um bem jurídico é típica, mas nem

toda inobservância do dever objetivo do cuidado, atingindo indiretamente um bem jurídico, será necessariamente tipificada. (OLIVEIRA, [s.d], p. 22-26).

A noção de ilicitude, mais conhecida pelo termo, menos exato, antijuridicidade, é, além de mais sutil, estranha ao senso dos formados em áreas não jurídicas. Mesmo sendo tipificado pela norma legal, um ato deve também contrariar algum princípio do Direito. Ou seja, o ato pode ser típico, mas, por alguma situação também prevista na norma legal, pode, mesmo assim, não ofender o bom Direito. Dito de forma ainda mais prática, a norma legal se dá o direito de entender que, em certas circunstâncias especiais, ou permissivas, condutas típicas não serão consideradas criminosas. São os chamados excludentes de ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, podendo também incluir o consentimento do ofendido e causas supralegais de exclusão. Oliveira ([s.d], p. 27-31) descreve a legítima defesa como exemplo, que pode levar ao homicídio (fato típico), realizada de forma proporcional e moderada ante agressão injusta a si ou a terceiros, o que exclui a ilicitude do fato.

A tipicidade e a ilicitude são os elementos objetivos e, sem um deles, não há crime. Segundo Leite (2014, p.4-6), a culpabilidade como terceiro elemento, «representa o elo entre o autor do crime e a consequência ordinariamente reservada (...) a pena (...) recai sobre o agente e não sobre a conduta propriamente dita (...) vínculo psicológico que liga o agente ao fato ilícito por ele cometido». Trata-se do elemento subjetivo, a reprovação, o juízo normativo de censura, da capacidade daquele ato gerar reprovação quanto ao ator, pesando então sobre ele as penas da lei. Nas palavras lapidares de Damásio de Jesus, «a culpabilidade não está na cabeça do réu, mas na do juiz; o dolo, pelo contrário, está na cabeça do réu». (LEITE, 2014, p.7 *apud* DAMASIO)

Para ser culpável, o agente devia possuir a plena capacidade de decidir e ter tido a possibilidade de agir de outra forma. Assim, a culpabilidade se desdobra em três elementos, o primeiro considerado um pressuposto - a imputabilidade - e os outros como requisitos: potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (OLIVEIRA, [s.d], p. 32-33).

A potencial consciência da ilicitude, consagrada em acórdão do Tribunal Federal da Alemanha de 18/03/1953 (LEITE, 2014, p.13), versa

sobre o conhecimento possível, “leigo, vulgar, que está ao alcance de qualquer indivíduo capaz que tenha acesso aos meios de informação. E o ordenamento não impõe o dever de conhecer a ilicitude, mas o dever de se informar (...) com a reflexão ordinária” (OLIVEIRA, [s.d], p.35). Na exigibilidade de conduta diversa, é preciso, antes de reprovar, perguntar se o agente tinha condições de atuar de outra maneira. As situações de manifesta inexigibilidade são, classicamente, a obediência hierárquica, a coação moral irresistível, os casos fortuitos e os de força maior.

Tendo dado pinceladas sobre os dois requisitos, voltamos ao pressuposto, cerne da questão em pauta: a imputabilidade, ou capacidade de imputação. Diante de um crime a Justiça deve imputar ao agente o “dever de responder” por seu ato, mas este só responderá se puder ser considerado culpado pelo ato cometido, *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. E não há culpa sem a potencial consciência da ilicitude, sem a possibilidade de conduta diversa - requisitos - mas, antes de tudo, se o agente não tinha, quando do ato, a capacidade de entender o caráter ilícito deste e de determinar sua conduta conforme tal entendimento. Trata-se, então, de “pré-condição para que seja apreciada a culpa do agente (...) esse é o sentido de imputabilidade: a faculdade de alguém ser chamado à responsabilidade” (TABORDA, 2012, p.141).

O Direito de tradição romano-germânica insiste na dupla dimensão da imputabilidade, a cognitiva - entender o caráter ilícito de um ato típico - e a volitiva - ser capaz de se determinar sua conduta conforme tal entendimento. A segunda dimensão pressupõe a primeira, não sendo o inverso verdadeiro. O comprometimento cognitivo já inclui, por si só, o comprometimento volitivo, contudo pode haver prejuízo da volição na presença de cognição preservada, o que constituirá semi-imputabilidade - parágrafo único do artigo 26 do Código Penal (CP).

Já o Direito de tradição anglo-saxã é menos claro quanto às dimensões, dando tradicionalmente maior peso ao componente cognitivo, o que determinará diferenças práticas relevantes entre os dois ordenamentos. (TABORDA, 2012, p.556-561).

Em nosso ordenamento, reconhece-se que para haver imputabilidade, ou seja, cognição e volição suficientemente preservadas, é preciso se ter

maturidade e sanidade. Com o segundo conceito, sanidade, admite-se existir condições de adoecimento mental nos quais ambas as dimensões estão comprometidas – “doença mental” e “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (art. 26 do CP) – e outras nas quais só a dimensão volitiva está prejudicada, “perturbação da saúde mental” e, mais uma vez, “desenvolvimento mental incompleto ou retardado” - parágrafo único do artigo 26 do CP.

Na maturidade o legislador reconhece que os humanos não nascemos com tais dimensões prontas, mas apenas potenciais; ao contrário, constituímos a espécie que mais tempo exige para desenvolver plenamente suas habilidades. O desenvolvimento das potencialidades, incluindo cognição e volição, se dá por um processo lento, no qual passamos **gradualmente**, e não em saltos, da condição de imaturos para a maturidade plena, condição *sine qua non* para a plena imputabilidade.

Sem o conhecimento destes conceitos básicos – culpabilidade, imputabilidade e suas dimensões cognitiva e volitiva, e maturidade – não é possível discutir o tema da maioridade penal com um mínimo de propriedade.

E antes de passar ao próximo tópico, convém lembrar que os temas acima elencados têm não apenas inúmeros outros desdobramentos, mas permanecem palco de discussões atuais, tais como a imputação objetiva na caracterização da tipicidade (JESUS, 2001) ou o alcance da imputabilidade diante de um possível questionamento do livre-arbítrio (dimensão volitiva) pelas neurociências (ROSA, 2014, p.71-82)

### **3. MAIORIDADE PENAL NO MUNDO**

Neste tópico cabe discutir grave equívoco conceitual, fonte de mal-entendidos em relação à maioridade penal ao redor do mundo, mas com implicações também para a correta compreensão do ordenamento jurídicos brasileiro. Tal fato é agravado pela omissão dos tratados internacionais supracitados e dos doutrinadores pátrios em esclarecê-lo.

De forma coerente à noção do amadurecimento ser um processo gradual, no qual se distinguem duas fases distintas e subseqüentes, a infância e a

adolescência, também chamada juventude, a maioria das legislações acaba, ainda que implicitamente, por desdobrar o conceito em dois.

De acordo com a literatura de língua inglesa, mais atenta à questão, na verdade temos a *criminal responsibility*- traduzirei para responsabilidade penal - e *criminal majority*- correspondendo à maioridade penal propriamente dita. (PENALREFORM, 2013, p. 1 e 4; HAZEL, 2008, p.7)

Na *penalreform* (2013, p.1): “a child under the age of criminal responsibility lacks the capacity to commit a crime. This means they are immune from criminal prosecution (...) The median age of criminal responsibility worldwide is 12”. Reconhece-se que abaixo da idade limite para a responsabilidade penal não há, em absoluto, capacidade cognitiva, portanto há total inimputabilidade, não cabendo a aplicação de penas similares às de adultos, e sim ambientes processual e prisional especiais e distintos. Aqui cabem medidas eminentemente tutelares e educativas.

“Criminal majority is the age at which the criminal justice system processes offenders as adults. The age of criminal majority (...) was typically set at 18 years.” (HAZEL, 2008, p.7); “the offenders no longer have any additional protection under the UN Convention on the Rights of the Child and are treated in the same way as adults. This is commonly held at 18 years of age but in many countries it sits at 16 or 17.” (PENALREFORM, 2013, p 4).

Da idade da maioridade penal em diante, considera-se o agente plenamente maduro e, portanto, capaz de ser julgado e apenado como adulto; em outras palavras, imputável. Entre a idade da responsabilidade penal e a da maioridade penal ocorre período de transição, coerente com o fato da natureza não dar saltos (*nature no facit saltus*), como citado por Palomba e, por sinal, coerente com sua proposição de menoridade relativa para a idade entre 12 e 18 anos, mesmo entendendo ser problemática sua equiparação à semi-imputabilidade (PALOMBA, 2003, p. 509). Apesar da inimputabilidade, o agente pode ser punido com medidas tutelares correspondentes às penalidades de adultos, tais como a privação da liberdade, mas sempre em sistemas judiciais e penais distintos, com maior ênfase no caráter educativo do que no punitivo, contudo já presente.

Nesta faixa etária ocorre situação semelhante à dos inimputáveis por

insanidade, também sujeitos a penalidades similares às dos adultos imputáveis, mas executadas em sistemas prisionais distintos, com maior ênfase no caráter terapêutico do que no punitivo.

O equívoco leva os meios de comunicação, por ignorância ou má-fé, a denunciar a maioria penal brasileira como anormalmente elevada em relação a diversos países, inclusive de primeiro mundo e de tradição cultural semelhante à nossa, quando na realidade as idades citadas não são as de maioria e sim as de responsabilidade penal.

As idades fixadas no ordenamento jurídico brasileiro estão em harmonia com as médias internacionais, algo muitas vezes ignorado pela literatura jurídica nacional; às vezes, até a internacional se engana quanto à realidade brasileira, como se lê no artigo, no mais excelente, da Penalreform (2013, p.1). Nunca é demais repetir: “há uma diferença entre idade de responsabilidade penal, que no Brasil começa aos 12 anos, e de idade de imputabilidade penal, que é a maioria penal propriamente dita. (ODON, 2013, p.3)

#### **4. MAIORIA PENAL NO BRASIL**

Faremos um rápido passeio pelo conceito geral de imputabilidade e o particular de maturidade, através da história do Direito Brasileiro (TABORDA, 2012, p.554-556).

A primeira menção após a independência de Portugal se dá no Código Criminal do Império, de 1830, muito influenciado pelos códigos francês (1810) e napolitano (1819) e, por sua vez, inspirador do código espanhol de 1848:

*Artigo 10. Também não se julgarão criminosos:*

*§ 1º Os menores de quatorze anos.*

*(...).*

O Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, primeiro da república, já introduz, sem mencionar, distinções entre responsabilidade e maioria penal:

*Artigo 27. Não são criminosos:*

*§ 1º Os menores de 9 anos completos;*

*§2º Os maiores de nove e menores de 14, que obrarem sem discernimento;*

*(...)*

*Artigo 30. Os maiores de nove anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos.*

O Código de Menores brasileiro de 1927 e a Consolidação das Leis Penais (CLP) de 1932 voltaram a falar apenas na idade de 14 anos, como lê-se no segundo:

*Artigo 27. Não são criminosos:*

*§ 1º Os menores de 14 anos;*

*(...)*

Porém foi mantida alguma distinção entre responsabilidade e maioridade, pois o artigo 69, § 3º, do CLP, prescrevia que o menor entre 14 e 16 anos fosse submetido a processo especial e poderia vir a ser internado em escola de reforma (reformatório) pelo prazo mínimo de 3 e máximo de 7 anos.

O Código Penal de 1940, ainda vigente, trouxe preciosas contribuições, abaixo discutidas, mas essencialmente continuou o raciocínio prévio no tocante à maioridade penal:

*Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*

A reforma penal de 1984 manteve:

*Artigo 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial.*

As legislações ditas especiais, mantiveram alguma distinção entre

responsabilidade e maioridade, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069 de 1990, ora vigente e posterior à Constituição Federal de 1980, fixou claramente a responsabilidade penal em 12 anos, abaixo dos quais se fala em criança, e a maioridade penal em 18 anos, seguindo a CF e o CP, chamando-se os com idade entre 12 e 18 anos de adolescentes.

Crianças podem cometer fatos típicos e ilícitos, sem denominação específica, e lhes pode ser aplicadas as seguintes medidas sócio-educativas, de caráter eminentemente pedagógico-tutelar:

*encaminhamento aos pais ou responsáveis mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequências obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de tratamento de alcoólatras ou toxicômanos; abrigo em entidade ou colação de família substituta, conforme as necessidades do caso. (LEITE, 2014, p. 11)*

Adolescentes podem vir a cometer os denominados atos infracionais, e não crimes propriamente ditos, e podem sofrer as seguintes medidas sócio-educativas, de caráter mais pedagógico e tutelar do que punitivo:

*“advertência, obrigação de reparar o dano, prestação serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional, ou uma das medidas aplicáveis às crianças, com exceção das duas últimas. (LEITE, 2014, p.11)*

Cabe aqui a fundamental distinção doutrinária que será objeto da principal discussão do presente artigo. As legislações anteriores a 1940 usavam, para a aferição da imputabilidade, critérios unicamente biológicos. No caso da maturidade, a idade - critério biológico-cronológico - e no da sanidade, a condição de portador de enfermidade mental - critério biológico-psicopatológico. O Código Penal de 1940 introduz importante refinamento conceitual ao transformar, para o caso da sanidade, o simplismo do critério biológico na elegante complexidade do critério biopsicológico: não basta ser portado; é preciso que a condição psicopatológica acarrete, no momento do ato ilícito, prejuízo cognitivo e volitivo (inimputabilidade)

ou apenas volitivo (semi-imputabilidade). Assim reza a exposição de motivos de 1940:

*o método biológico (...) não merece adesão: admite aprioristicamente um nexos constante de causalidade entre o estado mental patológico do agente e o crime: coloca os juizes na absoluta dependência dos peritos médicos, e, o que é mais, faz tábula rasa do caráter ético da responsabilidade. O método puramente psicológico é inaceitável, porque não evita, na prática, um demasiado arbítrio judicial ou a possibilidade de um reconhecimento extensivo da irresponsabilidade, em antinomia com o interesse da defesa social.*

A adoção do critério biopsicológico parece assombrosamente profético com relação às terapêuticas farmacológicas em psiquiatria, iniciadas no final da década de 1950, que possibilitam cada vez mais a muitos portadores de doenças mentais, mesmo graves, quando sob tratamento adequado, adquirir entendimento e livre-determinação suficientes para serem imputáveis diante de determinados atos. Contudo, não houve desde então, nem na reforma penal de 1984, na CF de 1988 ou no ECA de 1990, qualquer questionamento com relação à aferição da maioridade pelo singelo critério biológico, fonte do que chamei antes de *fator Cinderela*. Não seria possível dizer, em consonância com a exposição de motivos supracitada, que tal condição também coloca os juizes na absoluta dependência da certidão de nascimento, também fazendo tábula rasa do caráter ético da responsabilidade? Eis a essência de minha discussão, à qual passarei, não sem antes emitir algumas ponderações acerca da biologia do amadurecimento.

#### **4. MATURIDADE: CONSIDERAÇÕES BIOLÓGICAS**

A passagem do sujeito impúbere, criança, para a condição de adulto propriamente dita, se dá através de fase razoavelmente longa, com início rápido e claramente definido pelo surgimento dos caracteres sexuais secundários na puberdade e final lento, de limites imprecisos, fase esta chamada de adolescência. As suas definição e circunscrição sofrem não só influências biológicas, como sócio-culturais, principalmente em seus contornos finais, ou seja, na passagem da adolescência para a fase adulta (SCHOEN-FERREIRA; AZNAR-FARIAS, SILVA, 2010).

Contudo, o elemento biológico, evidente na transição inicial entre infância e adolescência, exerce papel fundamental e não se restringe apenas ao surgimento, rápido, da capacidade reprodutiva, mas também da – lenta - maturação cerebral, capaz de conferir as cognição e volição esperadas de um adulto. É a transição entre a dependência da criança e a autonomia do adulto (Gield).

O desenvolvimento do cérebro adulto passa, de acordo com as pesquisas mais recentes, por 4 fases (HIGGINS; GEORGE, 2010, p. 89-94): primeiro, a Neurogênese, ou produção, migração e desenvolvimento de células do sistema nervosa - neurônios ou gliais - cujo apogeu se dá na embriogênese, mas que continua, ao contrário do que se pensava há pouco, por toda a vida; segundo, a Expansão Celular, “feita através da ramificação dos neurônios, sendo significativa na infância”; terceiro, o Refinamento Neuronal, ou poda (pruning), do qual falarei abaixo e, por fim, a Apoptose ou morte programada da célula neuronal, também presente na extensão da vida.

O refinamento neuronal é exemplificado, no livro de Higgins e George (2010, p.94), através da bem-humorada citação do escritor estadunidense Mark Twain: “quando eu tinha 14 anos meu pai era tão ignorante que eu mal conseguia aturar a presença do velho; agora, quando fiz 21, fiquei impressionado com o quanto ele aprendeu em sete anos”. A terceira fase do desenvolvimento ocorre exatamente na adolescência, consistindo no substrato neurológico do amadurecimento. No final da infância, a Expansão Celular (fase 2) chega ao seu ápice, sendo o momento de maior número de neurônios no cérebro humano. O processo seguinte será o de retração e eliminação de todo excedente, ou, na precisa metáfora de jardinagem, o da poda neuronal.

O último local a ser podado, ou seja, refinado, é o córtex frontal, não por acaso relacionado às funções executivas, ao controle dos impulsos, enfim, à dimensão volitiva do amadurecimento. Tal redução, dita tardia, ocorre na passagem da adolescência para a vida adulta e pode se estender à terceira década de vida, geralmente finalizando por volta dos 25 anos (Gield), mas podendo chegar aos 30! “É quase certo que o cérebro que amadurece está melhorando suas conexões cerebrais, e não aumentando sua quantidade” (HIGGINS; GEORGE, 2010, p.94).

O fato do amadurecimento cognitivo preceder o volitivo parece explicar o aparente maior rigor dos ordenamentos jurídicos da tradição anglo-saxã, já que prevalece nestes a noção de imputabilidade prioritariamente cognitiva; nesta visão, os adolescentes serão considerados maduros mais cedo do que nos ordenamentos que incluem a dimensão volitiva.

Assim, ao contrário do rápido surgimento dos caracteres sexuais secundários e da capacidade reprodutiva, mediado pelas alterações hormonais, o amadurecimento cerebral é lento e depende do *refinamento neuronal*, o qual se dará primeiro em áreas relacionadas às funções cognitivas e só tardiamente no córtex frontal, relacionado à volição. Nas palavras da reputada neurocientista Suzana Herculano-Houzel (2014, [s.p.]):

*a capacidade de raciocínio abstrato, por exemplo, já está bem estabelecida aos 13-14 anos; o raciocínio consequente, base (cognitiva) da imputabilidade, termina de amadurecer lá pelos 16-18. Mas a mielinização das conexões pré-frontais, por exemplo, o que permite decisões sensatas e maduras, só termina lá pelos 30 anos de idade. Qualquer idade, portanto, é arbitrária para marcar o fim da adolescência: a neurociência não fornece um “número mágico” que sustente a maioridade penal aos 16, 18 anos, ou qualquer outra idade (grifo nosso).*

## 5. CONSIDERAÇÕES MÉDICO-LEGAIS

O Direito necessita de algumas generalizações, arbitrariedades e presunções para existir, do contrário seria inviável - quase a exigência de uma Constituição, um Código Penal e outro Civil para cada pessoa e, pior, elaborados *a posteriori*, e, portanto, pouco úteis. Entretanto, o uso excessivo destes recursos, bem como suas não atualização e revisão, podem gerar legislações esclerosadas e caducas, e o resultado poderá ser a injustiça. Isto significa que se deve “dar ênfase à flexibilidade e à adaptabilidade, e não a um ideal que se pretenda seja imutável”. (BURKHEAD, 1971, p. 140).

Se o amadurecimento cerebral, e a consequente aquisição das dimensões cognitiva e volitiva, é um processo de refinamento lento e gradual, não há razoabilidade no uso do critério biológico-cronológico, o qual engessa um processo complexo, parecendo haver transformação

instantânea e total de um adolescente num adulto ao cabo das doze badaladas noturnas. A perda da mágica de uma pretensa *fada madrinha da inimputabilidade*, parafraseando o escritor suíço Friedrich Dürrenmatt, “seria cômica se não fosse trágica”.

A referência a algo que se apresenta antes como fase do que como mudança súbita de condição, seguramente influenciou na necessidade de se estipular um período intermediário, circunscrito entre a responsabilidade e a maioridade penais. Também pode ter influenciado na figura do *doli incapax*, presente no Direito anglo-saxão, a qual, a grosso modo, estabelece uma fase entre a responsabilidade e a maioridade penais, quando a inimputabilidade é presumida, mas pode ser questionada pela promotoria, a quem caberá o ônus da prova.

Contudo, a existência de fase intermediária entre responsabilidade e maioridade penais não minora a inconsistência da aquisição súbita da imputabilidade à meia-noite. Tal passagem tem enorme relevância jurídica e ressonância social e necessária, por si só, ser contemplada por reflexão sobre a incorporação do critério psicológico ao biológico. Não se deveria passar, de maneira simplória e imediata, das infrações penais para o crime, das medidas sócio-educativas para as penas, do purgatório do sistema de recolhimento de adolescentes para o inferno do sistema penitenciário de adultos.

Por se tratar de processo longo, gradual e, como vimos, complexo, nada mais razoável do que repetir, com 75 anos de atraso, o que foi feito com relação à sanidade: a adoção de critério biopsicológico de aferição da maturidade, para a faixa etária da adolescência. Algumas PECs parecem caminhar nesta direção, como, no Senado, a 22/2012, e na Câmara, as 21/2001, 489/2005, 125/2007 e 438/2014. Ocorre, porém, que todas as normas parecem restritivas, apenas rebaixando a idade inferior da faixa. Ora, quando vemos que o amadurecimento do córtex frontal pode se estender além dos 25 anos, entendo não ser razoável apenas se pensar em diminuição. O que está em jogo é da ordem do *ser justo*: se há fase intermediária longa, que se aplique a ela o benefício da dúvida e o escrutínio da aferição biopsicológica. Os adolescentes maduros não ficarão sem a punição devida, os imaturos não serão injustamente apenados e o tecido social poderá gozar de maior segurança jurídica.

Como já mencionado, o Direito precisa de arbitrariedades e presunções; apenas devem ser fruto de reflexão profunda e passíveis de reavaliação. Diante do exposto, proponho que a CF se refira a uma faixa etária correspondente à adolescência, antes e depois da qual o critério de avaliação de maturidade permanece cronológico-biológico e dentro da qual a aferição da mesma maturidade se dará por critério biopsicológico, através de aferição pericial por equipe multiprofissional. Inicialmente, entendendo ser imprescindível, na composição desta equipe, a presença de psiquiatras-forenses, já versados no exame relativo à cognição e volição - dado já o fazerem nos casos de verificação de imputabilidade por sanidade - e psicólogos-forenses, mais especializados na análise das fases do crescimento, podendo vir a ser acrescida de outros profissionais, tais como assistentes sociais.

Os limites etários desta fase e a abrangência da norma - se para todo e qualquer delito ou apenas para os mais graves - seriam fixados em lei ordinária, de forma a flexibilizar suas reavaliação e atualização. Particularmente, entendendo que o melhor seria aproveitar a idade já presente na legislação - 18 anos - e gravitar em torno dela, o que é totalmente coerente com as afirmações das neurociências. Os autores de atos típicos e ilícitos, com idade entre 16 e 20 anos, seriam submetidos a avaliação pericial por equipe multiprofissional para aferição da maturidade quando do cometimento do delito. Caso imaturo, seriam-lhes aplicadas as medidas sócio-educativas relacionadas aos atos infracionais. Se maduros, considerados culpáveis como qualquer adulto mentalmente são.

Nas pesquisas realizadas, verificou-se a grande semelhança do proposto com o ordenamento jurídico alemão, onde os menores de 18 anos são considerados inimputáveis e os maiores de 21 imputáveis, restando aos infratores com idade entre 18 e 21 anos serem submetidos a "estudo do discernimento" para serem incluídos no Sistema de Justiça Juvenil ou no de Adultos. O exemplo alemão (*Children's Rights: Germany* apresentado pela Library of Congress), com a extensão até os 21 anos, pode abrandar eventual espanto quanto à proposta de se chegar aqui aos 20. Afinal, a Alemanha, de tão reputada e influente tradição jurídica, costuma primar pelo rigor e disciplina.

Após alguns anos de aplicação da lei, a estatística dos resultados serviria de base para reavaliações da faixa etária. O caso de preponderância de maturidade pode falar a favor de diminuição, o contrário, de aumentá-la. A diferença aqui reside em não se estar baseado em hipóteses sem suficiente fundamentação científica ou implicação sociológica. A vantagem seria de poder contentar tanto os favoráveis, por saberem que adolescentes suficientemente maduros irão responder por seus atos, quanto os opositores, por entenderem que imaturos não serão lançados às garras do sistema penitenciário de adultos, com sorte escola de crime, com azar cemitério anunciado.

Pode-se questionar se tal exame pericial teria a acurácia necessária. Penso que a garantia de qualidade do processo, na direção de cada vez maior credibilidade, implicará a participação, quiçá nominada em lei, de instituições do Judiciário - como o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil - e da saúde - como o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Federal de Psicologia, a Associação Brasileira de Psiquiatria e a Associação Brasileira de Medicina Legal e Perícias Médicas. De qualquer forma, por pior que pudesse ser a avaliação por equipe multiprofissional - e não o será, como provam décadas de contribuição das psiquiatria e psicologia forenses em outras áreas do Direito - será melhor do que o *fator Cinderela*, a não ser que continuemos a acreditar em fadas.

## **6. CONCLUSÃO**

A polêmica em torno da maioria penal contém inúmeros vieses, a serem considerados no debate público. Porém, não faz sentido tangenciar a questão, de saúde e jurídica, que constitui seu cerne: a imputabilidade em função da maturidade.

As neurociências nos permitem falar em um processo de amadurecimento lento e gradual, incompatível com a súbita passagem da inimputabilidade para a imputabilidade no aniversário de 18 anos.

Apenas a consideração de uma faixa etária relativa à adolescência, inicialmente proposta dos 16 aos 20 anos (com a possibilidade de revisões futuras), dentro da qual a maturidade seja aferida por critérios

biopsicológicos, como já é o caso da sanidade, poderia por fim a injustiças, de um lado e de outro. Seria a vitória da lucidez, baseada em um mínimo de cientificidade, conferindo flexibilidade e elegância à discussão.

## REFERÊNCIAS

- BETTO, Frei. Todos os países que reduziram a maioria penal não reduziram a violência. Pragmatismo político. Disponível em:< <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/04/todos-os-paises-que-reduziram-maioridade-penal-nao-diminuiram-violencia.html>>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BURKHEAD, Jesse. Orçamento Público. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- CAMARA dos Deputados. CCJ aprova a PEC da Maioridade Penal. Disponível em:<(http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/484871-CCJ-APROVA-TRAMITACAO-DE-PEC-DA-MAIORIDADE-PENAL.html)>. Acesso em: 10 mar. 2015.
- FRANCA, G.V.de. Medicina Legal. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.
- GIEDD, J.N. Maturação do cérebro adolescente. Child Psychiatry Brabch, EUA, novembro 2011. Disponível em:< <http://www.encyclopedia-crianca.com/cerebro/segundo-especialistas/maturacao-do-cerebro-adolescente>>. Acesso em: 27 mar. 2015.
- HAZEL, N. Cross-national comparison of youth justice. London: Youth Justice Board, 2008.
- HERCULANO-HOUZEL; SUZANA. “Queremos reduzir a maioria penal?” é a questão errada. Disponível em: <<http://www.controversia.com.br/antigo/index.php?act=textos&id=19121>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- HIGGIN, E.S.; GEORGE, M.S. Neurociências para Psiquiatria Clínica: a fisiopatologia do comportamento e da doença mental. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- JESUS D. de. A Imputação Objetiva. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LEITE, G. Maioridade penal – considerações jurídicas. Disponível em:<<http://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/111876353/maioridade-penal-consideracoes-juridicas>>. Acesso em: 19 de mar. 2015.
- LIBRARY of Congress. Law Library of Congress Gernaby – Children’s rights: international and national laws and practice. In: Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989. Disponível em:< <http://www.loc.gov/law/help/child-rights/pdfs/ChildrensRights-Germany.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2015.
- MECLER, Kátia. Maioria penal, um dogma que precisa ser derrubado. In: CASTRO, Gabriel;
- MATTOS, Marcela. Veja. Disponível em:< <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/maioridade-penal-um-dogma-que-precisa-derrubado>>. Acesso em: 9 abr. 2015.

- NAVES, Rubens. *Maioridade Penal: mitos e fatos*. Le Monde. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1430>>. Acesso em: 11 abr. 2015.
- ODON, T.I. *Maioridade Penal – Breves Considerações*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/boletim-no-13-de-2013-maioridade-penal-breves-consideracoes>>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- OLIVEIRA, F.A. de. *Direito Penal – Parte geral*. Disponível em: <[http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/penal-Dir\\_Penal\\_ParteGeral.pdf](http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/penal-Dir_Penal_ParteGeral.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2015.
- PALOMBA, G.A. *Tratado de Psiquiatria Forense civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003
- REALE Jr, M. *Instituições de Direito Penal*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Fprens, 2009.
- ROSA, A. M. da; KHALED Jr., S. H. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014
- TABORDA, J.G.V.; ABDALLA-FILHO, E.; CHALUB, M. *Psiquiatria Forense*. 2ª Edição. Porto Alegre: Artmed, 2012.
- Teresa Helena SCHOEN FERREIRA, Teresa Helena; AZNAR-FARIAS, Maria; SILVA, Edwiges F. *Adolescência através dos Séculos*. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Abr-Jun 2010, Vol. 26 n. 2, pp. 227-234. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v26n2/a04v26n2.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- UNICEF. *Índice de Homicídios na adolescência*. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/br\\_IHA.pdf](http://www.unicef.org/brazil/pt/br_IHA.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2015.
- PENAL Reform. *The minimum age of criminal responsibility. Justice for Children Briefing*. Disponível em: <[http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/05/justice-for-children-briefing-4-v6-web\\_0.pdf](http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/05/justice-for-children-briefing-4-v6-web_0.pdf)>. Acesso em: 9 abr. 2015.

## Anexo 1

Tabela comparativa em diferentes Países: Idade de Responsabilidade Penal Juvenil e de Adultos

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaidías ou penitenciárias.***
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2º da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei.**
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense ( <i>Youth Criminal Justice Act/2002</i> ) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é considerado <i>Junior minor</i> , não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados <i>Senior Minor</i> .
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10*	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade ( <i>Jeune</i> ) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-

Países	Responsabilidade Penal Juvenil	Responsabilidade Penal de Adultos	Observações
Inglaterra e Países de Gales	10/15*	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria 20, e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinqüência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11**	18	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-

<b>Países</b>	<b>Responsabilidade Penal Juvenil</b>	<b>Responsabilidade Penal de Adultos</b>	<b>Observações</b>
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e 17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo com as normas de seu Livro V.**
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14*/16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na prática de delitos graves, para os demais delitos, a idade de início é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.

\*Somente para delitos graves. \*\* Legislações diferenciadas em cada estado. \*\*\* Complemento adicional.

Fonte: Ministério Público do Paraná

## APÊNDICE 1

<b>PECs no Senado Federal</b>
<u>PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 22 de 2012</u>
<u>PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 20 de 1999</u>
<u>PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 90 de 2003</u>
<u>PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 74 de 2011</u>
<u>PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 83 de 2011</u>
<u>PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 21 de 2013</u>

## APÊNDICE 2

<b>PECs na Câmara dos Deputados</b>	<b>PECs na Câmara dos Deputados</b>
PEC 37/1995	PEC 179/2003
PEC 68/1999	PEC 272/2004
PEC 91/1995 (3)	PEC 302/2004
PEC 386/1996 (1)	PEC 345/2004
PEC 382/2014	PEC 489/2005
PEC 426/1996	PEC 48/2007
PEC 133/1999	PEC 73/2007
PEC 150/1999	PEC 87/2007
PEC 167/1999	PEC 85/2007 (1)
PEC 169/1999 (1)	PEC 273/2013
PEC 242/2004	PEC 125/2007
PEC 260/2000	PEC 399/2009
PEC 301/1996	PEC 57/2011
PEC 531/1997	PEC 223/2012
PEC 633/1999	PEC 228/2012
PEC 377/2001	PEC 279/2013
PEC 321/2001	PEC 332/2013 (2)
PEC 582/2002	PEC 349/2013
PEC 64/2003	PEC 438/2014



---

# *A PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA: O MODELO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E A TEORIA DO DISCURSO NA APLICAÇÃO DA TESE INTERMÉDIA*

---

*Fernanda Barreto Alves<sup>1</sup>*

*Rafael Meireles Saldanha<sup>2</sup>*

*“Um pequeno mal por um grande bem”*

*Voltaire*

## **INTRODUÇÃO**

Etimologicamente, a palavra prova advém do latim *proba*, de *probare*, que significa demonstrar ou formar juízo de algo. Dessa forma, pode-se entender que no sentido jurídico, provar é a demonstração pelos meios legais da veracidade de um ato, pelo qual o juiz é convencido dessa afirmação em sua apuração da verdade.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2010). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO (2011). Atualmente, é doutoranda em Relações Internacionais e ministra a disciplina de Genocídio e Política Internacional na mesma universidade. Possui interesse nas áreas de conflitos contemporâneos, relações de gênero, justiça transicional e políticas de memorialização. Bolsista CAPES. E-mail: nanda-alves@hotmail.com

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2009). Especialista em Segurança Pública, Cultura e Cidadania pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2011). Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2014). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade de Coimbra – UC. Bolsista CAPES. E-mail: saldanha.rafael@hotmail.com.

O conceito pode ser encontrado na doutrina portuguesa segundo Manuel de Andrade, e entendido *“como atividade probatória dirigida aos fins próprios da investigação; como resultado probatório, consistindo na demonstração efetiva da realidade de um facto e da veracidade da correspondente afirmação; como argumento probatório, representando qualquer elemento que tenha produzido a convicção do juiz; como meio de prova, sendo todo o elemento sensível através do qual, mediante atividade perceptiva ou simplesmente indutiva, o juiz pode, segundo a lei, formar a sua convicção acerca dos fatos da causa.”*<sup>3</sup> Na legislação, a função da prova é definida no art. 341 do Código Civil: *“as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”*.

Na doutrina brasileira, o entendimento majoritário acompanha Moacyr Amaral Santos, que observa que a prova pode significar tanto a produção dos atos quanto dos meios apresentados pelas partes que os juízes entendem afirmar a verdade dos fatos alegados.<sup>4</sup>

Nessa esteira, importa ressaltar o entendimento de Vicente Greco Filho quando afirma que *“a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário”*<sup>5</sup>.

Observa-se ainda que a prova possui um duplo sentido. Um sentido objetivo – o instrumento hábil a demonstrar a existência de um fato. E outro subjetivo – a convicção emanada pelo juiz sobre os fatos demonstrados.<sup>6</sup>

Cumprindo ainda destacar a observação de Andrade<sup>7</sup> que a prova é fundamental para a convicção do juiz, sendo essencial para a descoberta da verdade e para alcançar a decisão justa. E essa convicção é de caráter psicológico, pois possui alta probabilidade de ter ocorrido. Portanto, conclui-se que a certeza formada pelo juiz é relativa, dado que os fatos reproduzidos em juízo dificilmente conseguem demonstrar com totalidade de exatidão o ocorrido na realidade, alcançando somente a

---

<sup>3</sup> ANDRADE, Manuel de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 189 e 190.

<sup>4</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1952, p. 23.

<sup>5</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 194.

<sup>6</sup> THEODORO, Júnior Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 381. v.1.

<sup>7</sup> ANDRADE, Op. Cit, pág. 191.

verdade formal<sup>8</sup>. Embora, em determinadas ocasiões, certos fatos atinjam a verdade material (real)<sup>9</sup> em sua plenitude<sup>10</sup>.

Portanto, a regra é a admissibilidade das provas, as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada. Sabemos que é incumbido as partes levar as provas ao conhecimento do juiz e que o direito à prova implica na ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis.

Desde já cumpre salientar que o direito à prova possui assento constitucional, consubstanciados na Constituição da República Portuguesa de 1976 em seu artigo 20º n.º 1. Entretanto, algumas provas são tidas como proibidas pela Constituição, dentre estas que são vedadas em nosso ordenamento jurídico encontram-se as chamadas provas ilícitas.

É sobre estas provas que o presente trabalho irá versar, percorrendo, entre outros temas, o de sua possível aceitação no processo. Buscar-se-á fazer uma análise não apenas no âmbito do direito processual, mas, principalmente, nas lindes constitucionais no que for pertinente à matéria abordada.

Pretende-se demonstrar também a importância do modelo de ponderação desenvolvido por Robert Alexy para a tese intermédia de admissibilidade da prova ilícita e da teoria do discurso de Habermas como forma de aplicação deste modelo, e ainda sua consonância da prova como narrativa e problema jurídico.

## **O DEBATE DOUTRINÁRIO ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO.**

O assunto sobre admissibilidade ou não das provas ilícitas tem provocado intenso debate no meio jurídico. Jose Carlos Barbosa Moreira explica o teor desta questão: “uma corrente adota o entendimento que devem ser aceitas sempre, ainda que tenham sido obtidas por meios ilícitos, prevalece sempre o interesse da Justiça em descobrir a verdade – sua ilicitude não

---

<sup>8</sup> Pode ser considerada como a que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente

<sup>9</sup> Essa verdade é classificada como reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados.

<sup>10</sup> Conforme os ensinamentos orais do Senhor Professor Doutor Miguel Mesquita ministrados no Curso de Doutorado Geral na disciplina “A prova em Direito enquanto juízo e enquanto narrativa: perspectivas dogmáticas e metodológicas”, no ano letivo de 2014/2015.

diminui o seu valor para o convencimento do juiz, sem prejuízo da sanção para o autor da ilicitude; outra no sentido completamente inverso, que posiciona-se no sentido de que o Direito não pode incentivar a conduta antijurídica, portanto, nenhuma prova ilícita nunca poderá ser reconhecida pelo Direito”.<sup>11</sup>

Entretanto será objeto de estudo mais aprofundado deste trabalho uma terceira tese, chamada de intermédia. De acordo com esta tese, deve-se levar em consideração de que os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos como absolutos. Dessa forma, poder-se-ia em determinadas situações, quando respeitadas certas condições, fazer uso da prova ilícita.

### **Teoria Restritiva**

A corrente doutrinária restritiva<sup>12</sup> não admite, em nenhuma hipótese, o uso da prova ilícita no processo. Segundo os adeptos desta teoria, o texto normativo é claro, não apresentando exceção. Seria contrário ao princípio da moralidade administrativa e ao ordenamento jurídico, trazendo consequências além do limite da relação autor e réu. Além de considerar a admissibilidade da prova ilícita, acima de tudo, uma violação aos princípios constitucionais, portanto inconstitucional.

Os defensores desta corrente utilizam também como argumento o princípio da unidade do sistema jurídico. O ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma *una*, não admitindo posturas contraditórias. Permitir a utilização da prova ilícita seria ao mesmo tempo garantir direitos individuais e incentivar seu descumprimento<sup>13</sup>.

Além disso, explica Gomes Filho<sup>14</sup> que o Estado exerce a jurisdição por meio do processo, e este deve ser pautado pela estrita legalidade. Portanto, observar esta legalidade é respeitar os mandamentos constitucionais e

---

<sup>11</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 6 ed. Saraiva São Paulo: Saraiva, 1997 p. 109.

<sup>12</sup> Alguns de seus defensores são Nuvolone, Vescovi, Frederico Marques, Humberto Teodoro Júnior, João Batista Lopes e Isabel Alexandre.

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*. Revista do Advogado. São Paulo. n.42. abr. 1994, p. 45.

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 6ª ed., 1998.

legais que disciplinam tanto o processo civil quanto o penal. O respeito ao princípio da legalidade é uma garantia das partes quando buscam o Estado para a solução de seu problema, dessa forma, o ato judicial para produzir efeitos deve ser perfeito.

O referido autor também destaca a diferença da admissibilidade da nulidade: *“Mas, enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consume. Como anota Julio Maier, la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) ao proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento”*<sup>15</sup>.

Outro argumento para não admissibilidade de provas ilícitas é a ideia que a ilicitude da conduta não pode beneficiar o autor. Neste entendimento encontra-se Silva Melero<sup>16</sup> que adota o posicionamento de que estas não devem ser valoradas na decisão no caso de tais provas serem pronunciadas em um julgamento.

Contrária também à admissibilidade de provas ilícitas está Isabel Alexandre pois *“a produção da prova em juízo (momento em que a prova ilicitamente obtida tem ingresso no processo) pode, em si, violar certas regras constitucionais”*<sup>17</sup>. Para esta autora, a tese da inadmissibilidade deve prevalecer pois, em que pese o interesse pela verdade material, isto não retira a ilicitude da prova.

Entretanto, pode-se criticar essa teoria por permitir que, em determinados casos, a verdade e a justiça sejam completamente aniquiladas nos casos em que o único meio de se provar a verdade seja por meio da prova ilícita<sup>18</sup>. Como bem afirma Barbosa Moreira *“a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto”*<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>16</sup> MELERO, Silva. La Prueba Procesal, Tomo I. Madrid: Editorial Rev. de Derecho Privado, 1963, p. 202.

<sup>17</sup> ALEXANDRE, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Coimbra: Almedina, 1998, p. 175.

<sup>18</sup> Conforme os ensinamentos orais do Senhor Professor Doutor Miguel Mesquita ministrados no Curso de Doutorado Geral na disciplina “A prova em Direito enquanto juízo e enquanto narrativa: perspectivas dogmáticas e metodológicas”, no ano letivo de 2014/2015.

<sup>19</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 110.

## **Teoria da prova ilícita por derivação**

É importante destacar essa questão atual sobre provas ilícitas por derivação. São provas que em si são lícitas, mas derivam de outros que foram obtidas por meios ilícitos.

Poder-se-ia utilizar como exemplo a interceptação telefônica clandestina. Conforme Luiz Francisco Torquato<sup>20</sup>, encontramos-nos perante uma prova ilícita por derivação nas hipóteses em que *“a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.”*

As provas ilícitas por derivação foram categorizadas pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* –, que aduz que o vício da árvore se transmite a todos os seus frutos.

Sobretudo, a aplicação desta teoria tem como objetivo impedir que os agentes produtores de prova possam se valer de meios ilícitos para obtenção de novas provas, cuja existência só poderia ser notada a partir de uma ilicitude originária. Se esta conduta fosse permitida, as formas ilícitas de obtenção de prova seriam facilmente contornáveis.

Ada Pellegrini Grinover argumenta que a ilicitude da prova é transmissível a tudo o que dela sobrevier, sendo inadmissíveis as provas ilícitas por derivação pois *“A posição mais sensível às garantias da pessoa humana e, conseqüentemente, mais intransigentes com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.”*<sup>21</sup>

Alexandre de Moraes<sup>22</sup> salienta que a atual posição majoritária da doutrina é pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Assim sendo, pode-se compreender que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela derivadas, em face da teoria da árvore dos frutos envenenados.

Entretanto, divergindo desta teoria, encontra-se Fernando Capez<sup>23</sup> que entende que não é razoável uma postura tão rígida e inflexível a ponto

---

<sup>20</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades do Processo Penal, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 107.

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 33.

de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Argumenta o autor que em alguns casos o interesse que se pretende defender é muito mais relevante do que a privacidade que se deseja preservar. Dessa maneira, surgindo um conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária uma ponderação para verificar qual deve prevalecer no caso concreto.

Para elucidação deste tema, cumpre aqui destacar os ensinamentos de Nelson Nery Júnior: *“admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável”*<sup>24</sup>

### **Teoria Liberal ou Permissiva**

A corrente doutrinária liberal<sup>25</sup> aduz que, em face da verdade trazida pela prova ilícita, ela deve ser utilizada pelo juiz sem restrição, ou seja, amplamente. Contudo, a parte que se valeu da prova ilícita deve ser responsabilizada, por sua vez, pelo ato ilícito perpetrado.

Admite a prova ilícita desde que verdadeira e não viole sanção expressa de direito processual. Assim como qualquer outra prova, aquela constitui uma forma de convencer o juiz a sentenciar uma solução justa.

Isto porque, deve sempre prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não tem como objetivo de retirar-lhe o valor de elemento indispensável para formar o convencimento do juiz.

Além disso, para esta teoria a prova obtida ilicitamente precisa ser aceita de forma válida e eficaz no processo, uma vez que o ilícito é referente ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo. Dessa forma, o infrator deve ser penalizado pela violação praticada, mas o teor do elemento probatório deverá contribuir para a formação da convicção do magistrado.

Fernando de Almeida Pedroso, filiado a essa tese doutrinária, entende

---

<sup>24</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998, 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 121.

<sup>25</sup> Destacam-se entre os seus adeptos Carnellutti, Franco Cordero, Fernando de Almeida Pedroso, Alcides Mendonça Lima, Tornaghi e Yussef Cahali, entre outros.

que *“se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu”*<sup>26</sup>.

No mesmo entendimento, Muñoz Sabaté identifica que a finalidade do processo é a busca da verdade, pois a justiça deve velar pela honestidade dos meios, mas isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado obtido por certos meios ilícitos<sup>27</sup>.

Importante crítica que se faz dessa teoria é o entendimento de que não se pode valer de tudo para obter a verdade sob pena de violação de direitos fundamentais que devem ser preservados<sup>28</sup>. Entendemos que o interesse processual de busca da verdade material não é razão suficiente para, em todos os casos, o desrespeito das garantias conquistadas a duras penas pela sociedade ao longo de sua história. Como bem diz José João Abrantes, *“o processo não pode ser visto como um campo de batalha em que os fins justificam os meios”*<sup>29</sup>.

### **Teoria Intermédia ou da Inadmissibilidade Mitigada**

Em terceiro lugar, surge a corrente doutrinária intermédia<sup>30</sup>, a fim de ensinar que a vedação à prova ilícita não é um direito absoluto, porque não existe direito absoluto. Com efeito, de acordo com o caso em si, pode-se, em consonância com o princípio da proporcionalidade, valer-se da prova ilícita, respeitando-se algumas condições. Entretanto, o seu uso acarretará sanções, como consequência de qualquer ato ilícito.

---

<sup>26</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163.

<sup>27</sup> SABATE, Luis Muñoz. Técnica probatoria - Estudios sobre la dificultades de la prueba en el proceso. Bogotá: Temis, 1997. p. 41.

<sup>28</sup> Conforme os ensinamentos orais do Senhor Professor Doutor Miguel Mesquita ministrados no Curso de Doutorado Geral na disciplina “A prova em Direito enquanto juízo e enquanto narrativa: perspectivas dogmáticas e metodológicas”, no ano letivo de 2014/2015.

<sup>29</sup> Abrantes, José João. Prova ilícita (Da sua relevância no processo civil), 1986. Revista Jurídica 7-37, p. 36. Apud CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues. (In)admissibilidade de provas ilícitas: Dissemelhança na produção de prova no Direito Processual? Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Luís Miguel Mesquita, 2015.

<sup>30</sup> Dentre os adeptos desta teoria encontram-se Barbosa Moreira, Daniel Sarmiento, Fernando Capez, Gomes Filho, Leonardo Greco, Luis Marinone, Júlio Mirabete, Miguel Mesquita, Nelson Nery, entre outros.

Em nosso entendimento, esta teoria se mostra mais apta a responder as questões processuais justamente por não defender nenhum dos dois extremos, ou seja, nem a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria restritiva), tampouco a admissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria permissiva). Conforme o posicionamento de Mirabete: *“A prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é abrandada para acolher a prova ilícita, excepcionalmente e em casos excepcionalmente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso”*<sup>31</sup>.

Resta claro que para esta teoria a vedação constitucional de obtenção de provas por meios ilícitos é um princípio relativo, da mesma forma como os direitos fundamentais não são absolutos. Portanto, essa regra pode ser violada com outros interesses se mostrarem mais relevantes no caso concreto.

Conforme ensina Nelson Nery Júnior, o critério da proporcionalidade se adequa perfeitamente com a tese intermédia, pois “não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais”<sup>32</sup>.

Portanto, esta tese de fato posiciona o princípio da proibição da prova ilícita como regra geral, mas mitigada pelo critério da proporcionalidade, admite em caráter de excepcionalidade a utilização da prova ilícita, com o propósito de proteger os bens de maior carga valorativa envolvidos.

Nesse sentido, não é propriamente um conflito entre as garantias

---

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 278

<sup>32</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Op. Cit., p. 79

fundamentais (pois o direito de fazer prova é, por si só, um direito fundamental) e sim um mecanismo de harmonização entre o princípio de menor relevância ao de maior interesse social que deve prevalecer. De acordo com o entendimento de José Gomes Canotilho<sup>33</sup> *“de um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”*.

Entendemos que é basilar para o Direito a proteção dos direitos fundamentais, entretanto, é de igual importância que o “senso de justiça” não seja esquecido pela observância de formalismos vazios de conteúdo, que se recusam a enxergar a verdade, ainda que plenamente aparente e necessária.

Entretanto, sabemos que não é fácil o papel do julgador estabelecer a valoração destes bens jurídicos envolvidos no caso concreto. Reconhecendo a complexidade dos valores em jogo e a importância de uma ponderação entre os vários princípios envolvidos, acedemos à concepção principiológica de Robert Alexy e sua compatibilização, como forma de aplicação da teoria intermédia.

## **O MODELO DE PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY**

Inicialmente, cumpre informar que a escolha de Robert Alexy como o autor base nesta seção se deu precisamente pela sua concepção de Direito em recorrer a um meta-critério para solução de conflitos entre duas regras constitucionais, fundado na regra de precedência entre os princípios, levando-se em consideração as situações concretas dos casos. Observa-se que a relação elaborada pelo autor entre regras e princípios se mostra adequada a responder a complexidade do Estado contemporâneo.

Nesse sentido, sua teoria se mostra de essencial importância para conceituar as constituições contemporâneas, pois neste sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Entretanto, entre princípios se admite a colisão no caso concreto. Neste ponto, Alexy se aproxima de um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin, pois para ambos os princípios possuem diferentes graus dependendo de cada situação apresentada.

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 643.

Para Alexy, os princípios determinam que alguma coisa seja concretizada no maior grau possível, dentre as possibilidades reais e jurídicas existentes. Por isso, o autor classifica os princípios como norma de otimização (*Optimierungsgebot*). A diferença entre regra e princípio reside na qualidade especial que os princípios possuem<sup>34</sup>.

Alexy salienta que no caso de colisões de princípios, estas devem ser solucionadas a partir de uma metodologia própria. Muito embora um princípio deva ceder ao outro, isto não significa que este deva ser declarado inválido, e sim que um precedeu ao outro nesta circunstância. O princípio que deve prevalecer é aquele que possui maior peso no caso concreto. Já as regras não permitem este tipo de dimensão baseada em peso<sup>35</sup>.

O autor desenvolve seu argumento de que toda norma é assentada em um princípio, portanto, quando ocorrem os casos de colisão entre regras constitucionais, é possível que se estabeleça uma ponderação entre os princípios que envolvem o caso concreto. Da obrigação de otimização dos princípios percebe-se que, no caso de colisão entre eles, quanto maior o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

No entendimento deste autor os princípios são “mandados de otimização” e, no conflito entre estes, deve-se avaliar o interesse social envolvido para melhor atender a necessidade da sociedade. Esta avaliação

---

<sup>34</sup> “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feita exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio” ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

<sup>35</sup> “As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso”. Ibidem, p. 89.

de qual princípio no caso concreto é o mais “justo” se faz por meio da proporcionalidade<sup>36</sup> como critério de ponderação.

Na visão de Alexy, a ponderação feita através da proporcionalidade possui três máximas que sempre devem ser observadas, respectivamente, em sua ordem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>37</sup>. Primeiro deve-se analisar a adequação, que significa verificar se as medidas tomadas são aptas para atingir o fim desejado. Após este primeiro teste, verifica-se a necessidade, que se faz avaliando se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados. E por último, deve-se averiguar a proporcionalidade em sentido estrito, observando se as vantagens superam as desvantagens. No caso concreto será medido se a aplicação de ambos os princípios é adequada e necessária, e só se realmente for, será ponderada a proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, a questão que se apresenta é como ponderar sem cair em um subjetivismo exacerbado. Alexy propõe a lei da ponderação, que preconiza que quanto maior o prejuízo causado pela desconsideração de um princípio, maiores devem ser as vantagens obtidas pela preferência do outro<sup>38</sup>. Esta lei da ponderação é importante para destacar, que o peso de cada princípio deve ser considerado, mas não é um critério para saber qual princípio tem o maior peso.

Não havendo nenhum critério material satisfatório, restou-nos apenas o critério formal proposto por Habermas<sup>39</sup>, o discurso.

## **A PROVA COMO NARRATIVA: A IMPORTÂNCIA DO DISCURSO PARA O MODELO DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES.**

Conforme se destaca dos ensinamentos de Aroso Linhares, estamos

---

<sup>36</sup> Alexy destaca, que o “princípio” da proporcionalidade não é um princípio, e ele não é ponderado contra outro princípio. Suas máximas não serão ponderadas, para ver qual princípio é mais adequado ou necessário. Ou a ação ou omissão pretendida em base de um princípio é adequado e necessário, ou não o é. Se não for, não há colisão de princípios. Assim as máximas da proporcionalidade, só admitem cumprimento por completo, portanto, são consideradas regras. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 100.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 100.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997. 2 Volumes.

diante de uma controvérsia entre dois sujeitos que divergem entre seus direitos e deveres e trazem meios para reconstituir o passado. Dessa forma, a prova é uma narrativa argumentativa, e de fato, uma problemática pertencente ao direito. Trata-se da unidade metodológica entre as questões de prova e de realização do direito (que se deve à estrutura da controvérsia e à tercialidade), o que preserva a autonomia do Direito (prova como problema jurídico)<sup>40</sup>.

Nessa esteira, sendo o julgador aquele que irá construir uma terceira narrativa e não havendo critério materiais aceitáveis para alcançar a ponderação necessária para a admissibilidade da prova ilícita, far-se-á uso do critério formal do discurso elaborado por Habermas.

Habermas e Alexy amoldaram esta teoria para o Direito. Conforme estes autores, regras devem ser estabelecidas para o discurso: cada participante pode falar, cada afirmação deve ser fundamentada, todo contra-argumento deve ser respondido<sup>41</sup>.

Como corolário lógico desta construção encontra-se a importância do contraditório como alicerce basilar do próprio direito processual<sup>42</sup>. O direito processual é caracterizado pelo contraditório entre as partes, de forma que cada uma irá procurar valer os seus interesses. Por isso, é fundamental que estes se encontrem em posição de igualdade, e é sobre esta igualdade que recai, ao mesmo tempo, a importância de observância da licitude, como também perceber os casos em que seu descumprimento acarretará um julgamento injusto.

---

<sup>40</sup> Whitt this conclusive path, I would like to allude to the possibilities that at last seem recognisable (and can be explored) when, expressly refuting the scission postulate (either in its positive version or in its deconstructive aporetic reproduction), na internally relevant thesis for methodological unity between evidentiary adjudication and adjudication tout court (between judicial reasoning with proof and adjudicative reasoning as the realisation of Law) is advocated – with the certainty that the defense of this claim does not deny (or dilute) the specificity of the evidence problem, but instead provides this specificity with new opportunities for being understood and experienced in direct connection with the (increasing!) need to identify law’s specific project and its autonomous practical world as an unmistakable cultural acquisition. To condense the argument, I would say that methodological unity has to do with the priority of controversy – as specific practical structure demanding judgement and the constitutive entrance of the comparing Third –, whereas the specificity of evidential judgement corresponds to the irradiance of the referential claim and the narrative intelligibility that identifies it. LINHARES, Aroso. Evidence (or proof?) as Law’s gaping wound: a persistente false aporia? BFD 88 (2012) p. 65-89. p. 83.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. p. 361-367.

<sup>42</sup> Conforme Ensinamentos orais da Senhora Professora Doutora Maria José Capelo ministrados no Curso de Doutorado Geral na disciplina “A prova em Direito enquanto juízo e enquanto narrativa: perspectivas dogmáticas e metodológicas”, no ano letivo de 2014/2015.

Neste ponto destaca-se o valor fundamental da boa-fé processual, pois a atuação desleal de uma das partes poderá *“impedir a outra de fazer valer as suas razões diante o juiz, em todos os modos e com todas as garantias estabelecidas por lei”*<sup>43</sup> e assim apropriar-se de uma vantagem processual indevida.

O exercício do contraditório deve sempre ser pautado por uma conduta correta e leal, não podendo ser visto como um poder sem limites que propicie a aquisição de *“vantagens indevidas e antiéticas”*<sup>44</sup>, que se afastem da finalidade do processo – a justa composição do litígio.

Assim também é o entendimento de Miguel Mesquita quando ensina que a obrigação de lealdade impõe às partes que se abstenham de praticar quaisquer atos que perturbem o desenrolar da relação jurídica processual, traduzindo-se em uma obrigação de *non facere* que, dessa forma, expressará o sentido negativo do princípio da boa-fé processual<sup>45</sup>. Do mesmo modo, a obrigação de cooperação pertence ao sentido positivo deste princípio, na medida que impõe aos litigantes que cooperem entre si, bem como com o magistrado, e com todos os restantes intervenientes processuais, para que seja alcançada a finalidade processual da justa composição do litígio.<sup>46</sup>

Para tanto, estas regras devem ser respeitadas e fiscalizadas pelo juiz. Este, com base nos argumentos apresentados, toma a sua decisão, que deve ser sempre fundamentada.

Por fim, exige-se que o juiz seja imparcial. Sendo imparcial o juiz avalia, em base da argumentação apresentada pelas partes, qual princípio no caso concreto atende melhor à justiça, ao bem comum e à paz social.

Como esta fundamentação ocorre no campo de justificação não é possível arbitrariedade, porque seguirá esses requisitos essenciais. Ressalta-se que esta fundamentação deve ser coerente com o sistema jurídico de forma que, em circunstâncias idênticas, a mesma decisão deve ser tomada, respeitando assim igualdade de tratamento.

---

<sup>43</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile, vol. I, Giuffrè, 1957, p. 163-164.

<sup>44</sup> SOUSA, Luís Pires de. Prova por Presunção no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2012, p. 33.

<sup>45</sup> MIGUEL MESQUITA. Reconvenção e Excepção no Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2009, p. 117.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 118.

Embora não se possa estabelecer critérios materiais para a ponderação, pode-se apresentar argumentações a favor ou contra um princípio em caso de aparente colisão, e dessa forma, contornar um suposto subjetivismo e alcançar o ideal de um processo justo.

## A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

No tocante a problemática da admissibilidade das provas ilícitas no processo civil é imprescindível destacar a sua finalidade. Deve este ramo do direito estar cingido apenas a pôr fim ao litígio ou buscar atingir o ideal de uma sentença justa. Nos valem dos ensinamentos do professor Miguel Mesquita<sup>47</sup> para responder a esse questionamento.

A prova não visa uma verdade absoluta, e sim relativa, pois é uma ciência de retórica argumentativa, por meio de uma lógica racional. A sentença deve ser pautada na legalidade, mas sem se olvidar da verdade dos fatos.

O juiz tem o dever de justificar a valoração da prova com uma retórica argumentativa (realizando uma valoração positiva das provas favoráveis ao mesmo tempo em que faz uma valoração negativa das provas contrárias). Isto porque a fundamentação possui tanto um caráter endoprocessual quanto extraprocessual.

A decisão tem que ser racional e justificada para que um possível recurso possa impugnar os pontos valorados pelo julgador (endoprocessual). Bem como a compreensão do processo e do juiz tem o valor para além do processo, para a sociedade. E, da mesma forma, para a compreensão da própria justiça é essencial um controle dos cidadãos sobre a atuação dos juízes (extraprocessual).

Assim pode-se extrair dos ensinamentos de Miguel Mesquita a importância de uma *“nova cultura judiciária (...) para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreios adjetivos”* o que *“contribuirá decisivamente para inviabilizar e desvalorizar comportamentos processuais arcaicos, assentes na velha praxis de que as*

---

<sup>47</sup> Conforme os ensinamentos orais do Senhor Professor Doutor Miguel Mesquita ministrados no Curso de Doutorado Geral na disciplina “A prova em Direito enquanto juízo e enquanto narrativa: perspectivas dogmáticas e metodológicas”, no ano letivo de 2014/2015.

*formalidades devem prevalecer sobre a substância do litígio e dificultar, condicionar ou distorcer a decisão de mérito*<sup>48</sup>

Acreditamos, no que se alude a admissibilidade das provas ilícitas, ser através da tese intermédia, por meio do critério de proporcionalidade que se alcançará este objetivo.

No direito comparado podemos utilizar como exemplo prático o Projeto Lei n°166/2010, que institui o novo Código de Processo Civil brasileiro. Dentre as inovações apresentadas, o artigo 257° trazia para o ordenamento a consagração da tese intermédia, nos seguintes termos: *A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos*”

Ainda que se pese o fato de tal dispositivo não ter sido aprovado, sua previsão no projeto demonstra a força desta corrente no direito brasileiro. A argumentação contrária à aprovação deste dispositivo, sobretudo dos adeptos da tese restritiva, reside precipuamente no fato da Constituição Brasileira prever em seu artigo. 5°, LVI, a inadmissibilidade das provas ilícitas, o qual prescreve: *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*. Este artigo seria obstativo para que se admitisse a prova ilícita em qualquer caso, pois a própria Constituição vedou essa admissibilidade.

Entretanto, observamos ser possível a aplicação da tese intermédia, ainda que exista esta norma constitucional no ordenamento brasileiro. Isto porque se adotarmos a teoria de Robert Alexy, devemos entender que a norma constitucional é o gênero do qual princípio e regra são espécies, e toda regra constitucional está assentada um princípio constitucional. Dessa forma, em um possível conflito entre princípios e regras, é possível que uma regra venha a ser prescindida. Para tanto, o princípio constitucional colidente deve se mostrar mais relevante do que o princípio constitucional que dá sustentação a regra.

Aplicando o critério da proporcionalidade, a prova ilícita deve ser adequada a demonstrar a veracidade dos fatos. Deve ser necessária, ou seja, deve ser o único meio possível para se demonstrar a verdade, não devendo haver outro meio menos gravoso para isso. E ainda, deve se mostrar proporcionalmente relevante aos interesses sociais envolvidos no caso concreto.

---

<sup>48</sup> MESQUITA, Miguel. Código de Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2014, pág. 13.

## A PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Assim como no processo civil, a prova no processo penal é de suma importância para o convencimento do juiz, sendo o suporte de toda condenação ou absolvição. A prova ilícita possui um caráter fundamental dado o confronto entre o interesse estatal em reprimir a criminalidade e os direitos individuais que garantem a liberdade e segurança dos cidadãos.

Diferente do que ocorre no direito processual civil, a prova ilícita é tratada em matéria penal de forma expressa pelo ordenamento jurídico português no artigo 126º n.º 1 do Código de Processo Penal Português<sup>49</sup>.

Entretanto, a prova que venha a ser obtida em favor do réu vem sendo acolhida por parte da doutrina em deferência ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*. Esta posição atenua o rigor da não aceitação incondicional das provas ilícitas. Decorre dessa construção o entendimento que o sujeito, motivado pela defesa de sua liberdade, se encontra em um estado de necessidade, que é causa de excludente de ilicitude.

Este é o entendimento de Barbosa Moreira<sup>50</sup> quando aduz que *“é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica), traduzindo a hipótese de estado de necessidade, que exclui a ilicitude”*.

No mesmo entendimento se encontra COSTA ANDRADE<sup>51</sup>, quando se refere a gravação ilícita por parte do acusado quando esta é a *“única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime”*.

Portanto, se reconhece no Processo Penal a admissibilidade de provas obtidas com a violação de direitos fundamentais do réu, desde que seja

---

<sup>49</sup> Artigo 126.º n.º 1 - são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

<sup>50</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit., p. 96.

<sup>51</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 45.

para seu benefício, fundada na aplicação da tese intermédia por meio do critério da proporcionalidade.

Contudo, poder-se-ia indagar se seria possível a admissibilidade da prova ilícita em desfavor do réu. Esta questão foi tratada no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, em 25-11-2014, sobre a ilicitude de prova testemunhal obtida por meio de audição de conversa telefônica entre o arguido e o ofendido. Em apertada síntese ocorreu que a arguida fez contato telefônico com a Inspetora-Adjunta dos SEF (Serviços de Estrangeiros e Fronteiras), no exercício de suas funções, ofendendo-a. A ofendida colocou a chamada em alta-voz sem o conhecimento da arguida, com intuito de que seus colegas de trabalho escutassem a conversa e pudessem testemunhar em seu favor em júízo. O tribunal se manifestou no seguinte sentido:

*“a divulgação de uma comunicação telefónica será um meio de obtenção de prova legalmente admissível desde que, de acordo com um critério de duplo efeito, se mostrem preenchidos os requisitos legais substantivos das escutas telefónicas, revelando-se essa divulgação necessária, adequada e na justa medida para repelir uma agressão atual e ilícita de que se seja vítima”.*

Em que pesa a decisão do tribunal, em nosso entendimento a admissibilidade das provas ilícitas em processo penal só se mostra possível em favor do réu. Conforme ensina Figueiredo Dias<sup>52</sup>, a posição do arguido como sujeito processual lhe confere um leque de garantias que o conduzem a tal condição, especialmente o direito de defesa e o direito à presunção da inocência, dispostos no art. 32º da Constituição da República.

Dessa forma, a condição de arguido como sujeito processual é decorrente da proeminência do sistema acusatório, estando este princípio ligado, portanto, ao direito ao processo equitativo, e conseqüentemente à presunção de inocência do arguido e ao seu direito de defesa. A utilização

---

<sup>52</sup> “Afirmar-se pois, como agora se afirma, que o arguido é sujeito e não objeto do processo significa, em geral, ter de se assegurar àquele uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de autônomos direitos processuais, legalmente definidos, que não de ser respeitados por todos os intervenientes no processo penal”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Clássicos jurídicos – Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Ed. 1974 – Reimpressão 2004 p. 429 e 430.

do arguido como meio de prova, como ocorreu no caso tratado pelo referido acordão, é limitada pelo respeito a sua decisão de vontade.<sup>5354</sup>

E, como ensina Maria João Antunes, essa característica de estrutura acusatória do processo penal português com a atribuição ao arguido do estatuto de sujeito processual está disposto no artigo 60º e do catálogo de direitos e deveres processuais encontrados no artigo 61º do Código de Processo Penal.<sup>55</sup>

No Direito comparado, corrobora com essa posição o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, que entende ser aplicável a tese intermédia apenas *pro reo*, uma vez que, em vista do princípio da presunção da inocência, a ilicitude do ato é, ao mesmo tempo, afastada em favor do réu, como o protege quando usada contra ele. Conforme indica Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>56</sup>: *“a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência”*.

Portanto, entendemos que a utilização de provas ilícitas contra o réu não deve ser admitida. Isto porque não preenche o critério da necessidade, pois o Estado possui toda a máquina estatal para a buscar a verdade material por outros meios, e ainda porque a utilização destes meios fere gravosamente as garantias processuais conferidas ao arguido por meio do estatuto de sujeito processual.

---

<sup>53</sup> “Tal como ensina Figueiredo Dias, a presunção de inocência «assume reflexos imediatos sobre o estatuto do arguido enquanto “meio” processual – seja enquanto objecto de medidas de coacção, seja enquanto meio de prova». E chama a atenção de que este princípio, «ligado agora directamente ao princípio – o primeiro de todos os princípios constitucionais – da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...). Só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constituir objecto do processo»”. Acordão STJ 14-2014 Apud Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 26 e 27

<sup>54</sup> Figueiredo Dias entende que o arguido pode, ele mesmo, ser um meio de prova. Entretanto, esses casos devem ser demarcados expressamente pela lei, sendo a exceção e não a regra: “Não quer isto dizer que o arguido não possa, em termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objeto de medidas coativas e constituir, ele próprio, um meio de prova. Quer dizer, sim, que as medidas coativas e provatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de autoincriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade”. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit. p. 427.

<sup>55</sup> ANTUNES, Maria João. Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, in Sub Judge. Justiça e Sociedade. Lisboa: n° 4, 1992, p. 25-26.

<sup>56</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. Cit., 1995, p. 66.

Mesmo que se argumentasse que a utilização destas provas ilícitas fosse necessária por ser, em determinado caso concreto, o único meio de descobrir a verdade material, ainda assim, não seria possível. A medida não se mostraria proporcional uma vez que estas garantias *são imprescindíveis a ideia do equilíbrio processual* frente ao poder acusatório estatal, munindo o arguido de direitos que o protegem e promovem um julgamento “justo”.

Conforme entende Figueiredo Dias, o estatuto jurídico conferido ao arguido constitui a “pedra de toque” para avaliar o espírito do ordenamento jurídico processual penal respectivo, pois dessa forma é possível perceber como se dão as relações entre o Estado e o indivíduo e o seu respectivo equilíbrio (ou não)<sup>57</sup>. Nas palavras do célebre professor: “*Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu – eis um slogan que poderá caracterizar impressivamente a relevância do problema de que agora curamos*”.<sup>58</sup>

E a desobediência destes preceitos se tornaria muito cara na medida em que o arguido perde seu status de sujeito processual. Afeta o próprio espírito do Processo Penal Português e sua estrutura acusatória o retrocesso do arguido a uma posição de mero objeto processual, nos remetendo a tempos de um sistema inquisitório.

## CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente trabalho, enfrentar a problemática da admissibilidade das provas ilícitas no âmbito do direito processual. Após a análise das diferentes teorias acerca desta matéria, conclui-se que a tese intermédia se mostra adequada a solucionar a complexidade deste tema diante do que se espera do direito – o ideal de sentenças justas.

Para tanto, utilizou-se da teoria principiológica de Robert Alexy como forma de admissão das provas ilícitas. Faz-se uso do juízo de proporcionalidade elaborado pelo autor, com a verificação dos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como meio de ponderar os relevantes interesses sociais envolvidos no caso concreto.

---

<sup>57</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. Cit., p. 427.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 427.

Com o intuito de afastar-se de uma possível subjetividade do julgador na ponderação desses interesses e na sua valoração dos bens jurídicos afetados, adotou-se o critério formal apresentado por Habermas – o discurso. Sua valia é observada na medida que se relaciona perfeitamente com a ciência retórica argumentativa inerente à prova. É por meio do contraditório que o juiz poderá formar seu livre convencimento motivado, aproveitando-se da regra de racionalidade alicerçada nesta teoria.

Chegou-se ao entendimento de que na esfera do direito processual civil, em que pese ainda a falta de consenso para aplicabilidade da tese intermédia, a prova ilícita deve ser admitida quando preencher os seguintes requisitos: 1) se mostrar adequada a demonstrar a veracidade dos fatos; 2) ser o único meio necessário para se demonstrar a verdade, sem que haja outros meios menos gravosos para alcançar esse fim; 3) se apresentar como meio proporcional aos diversos interesses sociais relevantes para o caso concreto.

Entretanto, no domínio do processo penal, conclui-se que a admissibilidade das provas ilícitas só deve acontecer quando for em favor do acusado. A construção deste entendimento se deu pela condição atribuída ao arguido no atual direito processual penal português – o status de sujeito processual possuidor de garantias aptas a fornecer um equilíbrio processual entre o Estado e o cidadão.

Como corolário lógico, a utilização de provas ilícitas contra o réu penal o desarmaria dessas garantias, retrocedendo a um tratamento de simples objeto do processo, por conseguinte, ferindo o direito ao processo equitativo.

Adotando-se o critério da proporcionalidade, o uso de provas ilícitas em desfavor do réu deve ser afastado porque se mostra: 1) desnecessário - o Estado dispõe de meios menos gravosos às garantias do arguido para a busca da verdade material; 2) desproporcional – ainda que a utilização da prova ilícita restasse como único meio de se obter a verdade, as garantias processuais conferidas ao arguido são essenciais para a própria estrutura acusatória do processo penal português, não podendo suprimi-las sob pena de desequilibrar a equidade processual.

Por fim, observadas as ressalvas aqui expostas, compreende-se que a ampla liberdade probatória conferida às partes com o intuito de realizar

a reconstrução histórica dos fatos de forma mais fiel possível, e o livre-arbítrio outorgado ao juiz para que aprecie de acordo com o seu livre convencimento motivado as provas apresentadas, são as bases para um direito processual direcionado a alcançar a justiça e, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos fundamentais do homem.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ABRANTES, José João. Prova ilícita (Da sua relevância no processo civil). Revista Jurídica 7-37, 1986.
- ALEXANDRE, Isabel. Provas Ilícitas em Processo Civil. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALEX, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos Direitos Fundamentais. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ANDRADE, Manuel de. Noções Elementares de Processo Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- ANTUNES, Maria João. Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, in *Sub Judice. Justiça e Sociedade*. Lisboa: n° 4, 1992.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal. Revista do Advogado. São Paulo. n.42. abr. 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Ed. RT, 6ª ed.,1998.
- CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues. (In)admissibilidade de provas ilícitas: Dissemelhança na produção de prova no Direito Processual? Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor Luís Miguel Mesquita, 2015.
- CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional, 6. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Clássicos jurídicos – Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª Ed. 1974 – Reimpressão 2004.

- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil brasileiro. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades do Processo Penal, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile, vol. I, Giuffrè, 1957.
- LINHARES, Aroso. Evidence (or proof?) as Law's gaping wound: a persistente false aporia? BFD 88, 2012.
- MELERO, Silva. La Prueba Procesal, Tomo I. Madrid: Editorial Rev. de Derecho Privado, 1963.
- MIGUEL MESQUITA. Reconvenção e Excepção no Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_. Código de Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal, 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual, 6 ed. Saraiva São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson. Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998, 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SABATE, Luis Muñoz. Técnica probatoria - Estudios sobre la dificultades de la prueba en el proceso. Bogotá: Temis, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 1952.
- SOUSA, Luís Pires de. Prova por Presunção no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2012.
- THEODORO, Júnior Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



---

# *A CORRELAÇÃO ENTRE O DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E O INTERESSE PÚBLICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA<sup>1</sup>*

---

*Frederico Antonio Menescal Conde Rocha - Advogado*

**Resumo:** O presente trabalho se propõe, primeiramente, a analisar a estrutura organizacional de uma companhia, com foco específico nos órgãos de administração compostos pela Diretoria e pelo Conselho de Administração.

Em seguida, serão analisados o papel e a importância dos administradores – diretores e conselheiros – de uma companhia, abordando seus principais deveres e responsabilidades. Dentre os deveres dos administradores, será examinado o dever de diligência e seus desdobramentos, incluindo ainda a business judgment rule.

Posteriormente, será estudado o regime jurídico das sociedades de economia mista e o interesse público que justifica a sua criação.

Por fim, por meio do exposto ao longo do trabalho, será realizada uma correlação entre o dever de diligência dos administradores e o interesse público que rege as sociedades de economia mista.

**Palavras-Chave:** Companhia – Órgãos de Administração – Diretoria – Conselho de Administração – Administradores – Dever de Diligência – Sociedades de Economia Mista – Interesse Público – Correlação

---

<sup>1</sup> Artigo adaptado da Monografia apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio para obtenção do título de Bacharel em Direito, com a orientação do professor Francisco Müssnich.

## **1. INTRODUÇÃO**

A estrutura organizacional de uma companhia necessariamente compõe-se da Assembleia Geral, da Diretoria e do Conselho Fiscal, e o Conselho de Administração a integra como órgão facultativo, salvo nas companhias abertas, nas de capital autorizado e nas sociedades de economia mista, em que será órgão obrigatório.

A Diretoria e o Conselho de Administração juntos constituem os órgãos de administração, cujos membros – respectivamente, os diretores e os conselheiros – são os Administradores, que têm uma série de deveres e responsabilidades no desempenho de suas funções.

Dentre estes deveres dos administradores se destaca o dever de diligência, positivado no artigo 153 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei nº 6.404/76”), estabelecendo um comportamento, um padrão de conduta, que se caracteriza como a regra suprema no norte de atuação dos administradores de uma companhia.

A sociedade de economia mista, pela definição dada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, em seu artigo 5º, III, é uma “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Constituindo um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado para intervir como empresário no domínio econômico, a sociedade de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição<sup>2</sup> que tenham como justificativa atender a um interesse público.

Portanto, como a sociedade de economia mista tem um interesse público que justificou a sua constituição, é de suma importância refletir acerca do desempenho do dever de diligência por parte de seus Administradores, em especial à luz do disposto na parte final do artigo 238 da Lei nº 6.404/76.

Ao longo do presente trabalho será analisado cada um dos pontos mencionados acima, para que possamos ao fim traçarmos uma correlação

---

<sup>2</sup> De acordo com o artigo 237 da Lei nº 6.404/76, “A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”.

entre o dever de diligência dos administradores e o interesse público das sociedades de economia mista.

## **2. DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE UMA COMPANHIA**

A Lei nº 6.404/76 dispõe sobre as sociedades por ações e estabelece que toda companhia deve ter em sua estrutura organizacional necessariamente três órgãos: a Assembleia Geral, a Diretoria e o Conselho Fiscal. O Conselho de Administração, por sua vez, constitui órgão obrigatório apenas nas companhias abertas, nas companhias de capital autorizado<sup>3</sup> e nas sociedades de economia mista<sup>4,5</sup>.

A Assembleia Geral é o órgão social da companhia, sendo nada mais, nada menos, que uma reunião dos seus acionistas, regularmente convocada e instalada<sup>6</sup>; o Conselho de Administração e a Diretoria compõem os órgãos de administração da companhia; e o Conselho Fiscal, por sua vez, tem a função de fiscalizar os atos dos administradores e opinar sobre propostas destes que serão submetidas à deliberação dos acionistas em Assembleia Geral<sup>7</sup>.

As atribuições de cada um desses órgãos da companhia são definidas pela Lei nº 6.404/76: (i) o artigo 122<sup>8</sup> enumera os atos que são de competência privativa da Assembleia Geral; (ii) o Conselho de Administração é órgão de

---

<sup>3</sup> De acordo com o §2º do artigo 138 da Lei nº 6.404/76, “As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração”.

<sup>4</sup> De acordo com o artigo 239 da Lei nº 6.404/76, “As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo”.

<sup>5</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, Direito das Companhias, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 802.

<sup>6</sup> CASTELLO BRANCO, Adriano, O Conselho de Administração nas Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 29

<sup>7</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 802 e ss.

<sup>8</sup> De acordo com o art. 122 da Lei nº 6.404/76, “Compete privativamente à assembleia geral: I - reformar o estatuto social; II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas; IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto no § 1º do art. 59; V - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59; VI - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120); VII - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social; VIII - autorizar a emissão de partes beneficiárias; VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata”.

deliberação colegiada<sup>9</sup>, e os atos de sua competência estão elencados no artigo 142<sup>10</sup>; (iii) os diretores têm a competência privativa de representação da companhia<sup>11</sup>, admitindo a Lei nº 6.404/76 que o estatuto e o Conselho de Administração (observado o que a respeito dispuser o estatuto social) fixem as suas atribuições<sup>12</sup>; e (iv) o artigo 163<sup>13</sup> dispõe acerca das atribuições de competência do Conselho Fiscal<sup>14</sup>.

Dentre estes órgãos, a Diretoria é o único que tem funcionamento permanente. Os acionistas da companhia se reúnem em Assembleia Geral obrigatoriamente apenas uma vez por ano, dentro de quatro meses após o encerramento do exercício social (Assembleia Geral Ordinária), podendo reunir-se extraordinariamente quando convocada nos termos da Lei nº 6.404/76 (Assembleia Geral Extraordinária); o Conselho de Administração funciona durante reuniões ordinárias, cuja periodicidade deve ser fixada

---

<sup>9</sup> De acordo com o §1º da Lei nº 6.404/76, “O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores”.

<sup>10</sup> De acordo com o art. 142 da Lei nº 6.404/76, “Compete ao conselho de administração: I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; IV - convocar a assembleia geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; e IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver”.

<sup>11</sup> De acordo com o §1º da Lei nº 6.404/76, “O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores”.

<sup>12</sup> De acordo com o art. 144 da Lei nº 6.404/76, “No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular”.

<sup>13</sup> De acordo com o art. 163 da Lei nº 6.404/76, “Compete ao conselho fiscal: I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários; II - opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia geral; III - opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão; IV - denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia; V - convocar a assembleia geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias; VI - analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia; VII - examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar; e VIII - exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam”.

<sup>14</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 803.

no estatuto social, ou em reuniões extraordinárias; e o Conselho Fiscal, nos termos do estatuto social, pode ser instalado somente quando solicitado pelos acionistas e, quando instalado, deve reunir-se ao menos uma vez por trimestre para realização de análises acerca do balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas pela companhia<sup>15</sup>.

A Lei nº 6.404/76 admite também, em seu artigo 160<sup>16</sup>, que o estatuto possa criar outros órgãos com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores, cujos membros terão os mesmos deveres e responsabilidades destes. Tal dispositivo é mais usualmente utilizado para criar “Conselhos Consultivos” com o objetivo de opinar sobre determinados assuntos, a pedido dos órgãos de administração ou nos casos previstos no estatuto da companhia.<sup>17</sup>

## 2.1. Dos Órgãos de Administração

### 2.1.1. O Conselho de Administração

O Conselho de Administração, que se encontra em uma posição intermediária entre a Assembleia Geral e a Diretoria, constitui órgão integrante da estrutura da administração de uma companhia. É órgão de suma importância na vida social de uma companhia, uma vez que lhe compete exercer funções deliberativas – as quais vão desde a escolha de diretores até a orientação geral dos negócios da companhia – e de ordenação interna.<sup>18</sup>

Neste contexto, eis a lição de Cesare Vivante:

*“O conselho é o órgão permanente da administração social, que, salvas as restrições escritas nos estatutos, pode realizar todas as operações sociais; pois que, tanto no sistema da lei, como na prática, a assembleia dos sócios não é um órgão administrativo apropriado para deliberar sobre cada uma das operações: a lentidão, a publicidade das suas reuniões, a isso se opõem; a ocasião oportuna*

---

<sup>15</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 804.

<sup>16</sup> De acordo com o artigo 160 da Lei nº 6.404/76, “As normas desta Seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores”.

<sup>17</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy. Op.cit., p. 804.

<sup>18</sup> CASTELLO BRANCO, Adriano, Op. cit., p. 29

*para o negócio teria passado e tornado a passar quando chegasse à deliberação da assembleia.*<sup>19</sup>

Devido à evolução dos negócios, e a consequente necessidade dos órgãos da companhia terem que tomar medidas mais complexas, houve uma progressiva transferência de poderes da Assembleia Geral para o Conselho de Administração. Dando, assim, maior liberdade ao Conselho de Administração à sua atuação dentro da esfera societária.<sup>20</sup>

Nesse sentido, a Lei nº 6.404/76 atribui ao Conselho de Administração competências com intuito de possibilitar um funcionamento mais ágil da companhia. Caberá ao Conselho de Administração, portanto, deliberar acerca de qualquer assunto de interesse social, salvo os que são de competência privativa da Assembleia Geral ou do Conselho Fiscal, se em funcionamento.<sup>21</sup>

O Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, por sua vez, deu uma interessante definição à “missão” do Conselho de Administração:

*“A missão do Conselho de Administração é proteger e valorizar a organização, otimizar o retorno do investimento no longo prazo e buscar o equilíbrio entre os anseios das partes interessadas (shareholders<sup>22</sup> e demais stakeholders<sup>23</sup>), de modo que cada uma receba benefício apropriado e proporcional ao vínculo que possui com a organização e ao risco a que está exposta<sup>24</sup>.”*

Conforme definido no artigo 138 da Lei nº 6.404/76, o Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, o que significa que seus membros – os conselheiros – devem deliberar em conjunto, não detendo competência individual. As decisões do Conselho de Administração,

---

<sup>19</sup> VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*; Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas – SP: LZN Editora, 2003, p.110.

<sup>20</sup> WALD, Arnoldo. Do Regime Legal do Conselho de Administração e da Liberdade de Votos dos seus Componentes. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris, n. 43.p. 177.

<sup>21</sup> PARENTE, Flavia. O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 7.

<sup>22</sup> Detentor de ações ou quotas de determinada organização.

<sup>23</sup> Qualquer pessoa, entidade ou sistema que afeta ou é afetada(o) pelas atividades de uma organização. Partes interessadas.

<sup>24</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, 4ª edição. São Paulo, SP: IBGC, 2009. Disponível em <http://www.ibgc.org.br>. Acesso em 23 de maio de 2015.

manifestações de sua vontade, são tomadas em reuniões, mediante votação, caso seja necessário, sempre prevalecendo o princípio majoritário, este que é princípio basilar da Lei nº 6.404/76. As decisões tomadas pelo Conselho de Administração vinculam todos os seus membros, mesmo os ausentes e os dissidentes, que poderão lavrar seus votos em separado<sup>25</sup>.

### **2.1.2. A Diretoria**

A Diretoria é o órgão de representação legal da companhia e de execução das deliberações da Assembleia Geral e do Conselho de Administração<sup>26</sup>, sendo suas atribuições executivas, exclusivas e indelegáveis<sup>27</sup>. Em regra, a Diretoria não é órgão colegiado, podendo cada um de seus membros atuar individualmente dentro de suas respectivas atribuições, mas, conforme disposto no artigo 143, §2º da Lei nº 6.404/76, o estatuto pode estabelecer que determinadas decisões de competência dos diretores sejam tomadas em reunião da diretoria.

Seus membros, os diretores (pessoas naturais, residentes no País, acionistas ou não), são os únicos que representam a companhia perante terceiros<sup>28</sup>, ou seja, compete aos diretores a gestão ordinária dos negócios sociais<sup>29</sup> no plano interno e, com relação ao plano externo, manifestam a vontade da companhia<sup>30</sup>.

A Diretoria deverá ser composta por pelo menos 2 (dois) diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo Conselho de Administração, ou caso este não exista, pela Assembleia Geral. O estatuto social deverá estabelecer sua composição, prazo de gestão e modo de substituição dos diretores, bem como deverá prever as atribuições e poderes de cada diretor e seu funcionamento.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II – Arts. 121 a 188*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011, p. 261.

<sup>26</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 15.

<sup>27</sup> CASTELLO BRANCO, Adriano, Op. cit., p. 29.

<sup>28</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 802.

<sup>29</sup> EIZIRIK, Nelson, 2011a., p. 297.

<sup>30</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 15.

<sup>31</sup> De acordo com o artigo 143 da Lei nº 6.404/76, “A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembleia geral, devendo o estatuto estabelecer: I - o número de diretores, ou o máximo e o mínimo permitidos; II - o modo de sua substituição; III - o prazo de gestão, que não será superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;

Os diretores são eleitos pelo Conselho de Administração, se existente, ou pela Assembleia Geral. Na eleição realizada pelo Conselho de Administração, a deliberação obedecerá ao que dispuser o estatuto social da companhia ou o regimento interno. Já na eleição pela Assembleia Geral, se o estatuto social for omissivo quanto ao processo de votação, caberá à própria Assembleia Geral estabelecê-lo por proposta da mesa ou de acionista.<sup>32</sup>

Na hipótese de eleição dos diretores por meio da Assembleia Geral, o acionista minoritário não terá direito ao processo de voto múltiplo<sup>33</sup>, sendo este cabível apenas para a eleição de conselheiros por ser o Conselho de Administração o órgão de maior responsabilidade quanto à direção dos negócios sociais da companhia. Neste sentido, explica Nelson Eizirik:

*“O Projeto de Lei que resultou na Lei nº 10.303/2001 havia previsto nova redação ao caput, mediante a qual deveria ser utilizado o voto múltiplo quando a eleição dos diretores fosse feita pela Assembleia Geral. A alteração foi vetada, sob o fundamento de não ser o voto múltiplo compatível com a natureza da diretoria, à qual cabe a função executiva, com responsabilidades concretas para implementar o objeto da companhia, diversamente do que ocorre com Conselho de Administração, que constitui órgão de deliberação colegiada e de formulação das políticas gerais da companhia.”<sup>34</sup>*

Com intuito de manter a dualidade de órgãos de administração<sup>35</sup>, a Lei nº 6.404/76, admite somente a cumulação de cargo de diretor com o de conselheiro até o máximo de 1/3 (um terço) do número de membros do Conselho de Administração<sup>36</sup>.

A representação legal da companhia é de competência privativa dos diretores<sup>37</sup>, não podendo ser atribuída a qualquer outro órgão da sociedade. Trata-se da chamada representação orgânica, expressão usada

---

IV - as atribuições e poderes de cada diretor. § 1º Os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores. § 2º O estatuto pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria.”

<sup>32</sup> SOUZA LEÃO JR., Luciano de in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 1.062.

<sup>33</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p. 300.

<sup>34</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p. 300.

<sup>35</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 1063.

<sup>36</sup> De acordo com §1º do artigo 143 da Lei nº 6.404/76, “Os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores”.

<sup>37</sup> De acordo com §1º do artigo 138 da Lei nº 6.404/76, “O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores”.

para distingui-la da representação propriamente dita, que pode ser legal (caso do tutor, curador, inventariante ou síndico de massa falida) ou convencional (procurador ou mandatário)<sup>38</sup>. A atribuição da representação legal compete ao diretor que a tenha recebido pelo estatuto social, ou, no silêncio deste, por deliberação do Conselho de Administração. Na ausência de designação no estatuto e de deliberação do Conselho de Administração, a representação da companhia competirá a qualquer dos diretores<sup>39</sup>.

Os poderes dos diretores são indelegáveis, porém poderão constituir mandatários da companhia, devendo o instrumento de mandato especificar os atos ou operações que os procuradores poderão praticar, assim como a duração do mandato, que, se judicial, poderá ser por prazo indeterminado<sup>40</sup>.

Dessa forma, os diretores estão investidos dos poderes de gestão<sup>41</sup> e de representação<sup>42</sup>. O poder de gestão, uma vez compartilhado com o Conselho de Administração, se existente, significa o poder de deliberar e decidir a respeito dos negócios sociais da companhia<sup>43</sup>, enquanto que o poder de representação equivale ao poder de manifestar a vontade social externamente, em relação a terceiros<sup>44</sup>.

### 2.1.3. Os Administradores

Nas palavras de José Xavier Carvalho de Mendonça: “Os administradores são órgãos permanentes da sociedade; são os gestores do patrimônio social”.<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup> SOUZA LEÃO JR., Luciano de in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 1065.

<sup>39</sup> De acordo com o artigo 144 da Lei nº 6.404/76, “No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular”.

<sup>40</sup> De acordo com o parágrafo único do artigo 144 da Lei nº 6.404/76, “Nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e a duração do mandato, que, no caso de mandato judicial, poderá ser por prazo indeterminado”.

<sup>41</sup> De acordo com o artigo 138 da Lei nº 6.404/76, “A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria”.

<sup>42</sup> De acordo com § 1º do artigo 138 da Lei nº 6.404/76, “O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores”.

<sup>43</sup> SOUZA LEÃO JR., Luciano de in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 1065.

<sup>44</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 3º Volume. Artigos 138 a 205*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175.

<sup>45</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Volume IV, Livro II Dos Comerciantes e seus Auxiliares, Parte III – Das Sociedades Comerciais*, 5ª edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1954, p. 38.

Em seu artigo 145<sup>46</sup>, a Lei nº 6.404/76 se refere aos membros do Conselho de Administração e Diretoria – conselheiros e diretores, respectivamente – como administradores, estabelecendo um princípio de igualdade entre eles<sup>47</sup>, sendo-lhes aplicáveis as normas relacionadas aos requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades.

A Lei nº 6.404/76 estabelece o requisito de que somente pessoas naturais poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração, devendo os diretores serem residentes no País<sup>48</sup>. Em contrapartida, nada impede que o estatuto da companhia estabeleça, complementarmente, requisitos mínimos, de caráter geral, para a eleição dos administradores<sup>49</sup>.

Conforme exposto anteriormente, os administradores conduzem os negócios sociais e representam a companhia – dentro de suas respectivas esferas de competência – de maneira que, na qualidade de representantes, quando praticam atos jurídicos, manifestam a vontade da companhia e esta por eles se obriga<sup>50</sup>.

Por terem tais atribuições, o desempenho dos administradores possui, na estrutura de uma companhia, suma responsabilidade e importância no sucesso ou no insucesso da empresa, tendo em vista que reunindo capitais de incontáveis origens, e número ilimitado de acionistas, a administração de uma companhia conta com dificuldades que não encontram solução em texto de lei nem em normas de caráter disciplinar, e sim, na atuação dos que a exercem<sup>51</sup>.

É importante que os administradores tenham a liberdade necessária para atuarem nos seus respectivos papéis, nos quais se sintam à vontade para apresentar ideias e projetos para a companhia – obviamente que sempre em prol da melhor realização de seus negócios – e, ao mesmo tempo, tenham o discernimento das consequências que lhes podem ser imputadas por seus atos.

---

<sup>46</sup> De acordo com o artigo 145 da Lei nº 6.404/76, “As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores”.

<sup>47</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 311.

<sup>48</sup> De acordo com o artigo 146 da Lei nº 6.404/76, “Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País”.

<sup>49</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a., p 313.

<sup>50</sup> Ibid. p. 257.

<sup>51</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, 2009a, p. 792.

Arnoldo Wald sintetiza esta ideia:

*“No plano societário, como no político, trata-se, atualmente, de conciliar o tecnicamente ideal, o politicamente possível e a otimização da rentabilidade, o que pressupõe um sistema de ampla liberdade, com a conseqüente responsabilidade, para os administradores, que deve recair tanto sobre os diretores quanto sobre os Conselhos que representam os acionistas (Conselho de Administração no Brasil, Conselho Diretor nos Estados Unidos).”<sup>52</sup>*

Devido à enorme responsabilidade dos administradores para com o desempenho do objeto social da companhia – e dos seus resultados propriamente ditos – é de extrema importância que permeiem deveres e responsabilidades no âmbito de suas atuações.

José Xavier Carvalho de Mendonça, a seguir, conclui brilhantemente esta ideia:

*“É verdade cediça que dos administradores dependem a prosperidade e o êxito da sociedade. De um lado, os acionistas quase se não preocupam com a sociedade nem fiscalizam a ação dos administradores, enquanto percebem dividendos; do outro, os administradores, gerindo o alheio, nem sempre dedicam à sociedade a solicitude do sócio-gerente de responsabilidade ilimitada na sociedade, em nome coletivo. Na prática, fraquíssima é a influência das assembleias gerais sobre os administradores. Há, portanto, necessidade de leis completas que regulem a administração da sociedade, não podendo ser modificadas pelos estatutos no sentido de diminuir-se atribuições e responsabilidades.”<sup>53</sup>*

Assim, diante de tamanha responsabilidade, a Lei nº 6.404/76, estabelece deveres e responsabilidades com o fim de nortear a conduta dos administradores no regime de suas funções.

### **3. DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES**

Na Seção IV do Capítulo XII da Lei nº 6.404/76, constituem-se os deveres e responsabilidades dos administradores, os quais são temas de grande importância no regimento referente a uma companhia<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 177.

<sup>53</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Op. cit., p. 39.

<sup>54</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1084.

O legislador estabeleceu um sistema descritivo no qual os deveres dos administradores são expostos nos artigos 153 a 157, seguidamente de suas responsabilidades no artigo 158<sup>55</sup>, e com o artigo 159<sup>56</sup> encerrando-se a Seção tratando da ação de responsabilidade civil contra administrador por prejuízos causados<sup>57</sup>.

Os principais deveres elencados pela Lei nº 6.404/76 aos administradores são os deveres: (i) de diligência (artigo 153<sup>58</sup>); (ii) de cumprimento das finalidades da sociedade (artigo 154<sup>59</sup>); (iii) de lealdade (artigo 155<sup>60</sup>); de evitar situações de conflitos de interesses (artigo 156<sup>61</sup>); e de informar (artigo 157<sup>62</sup>).

Observa-se na descrição dos deveres impostos aos administradores que o legislador intencionalmente optou por mesclar princípios e comportamentos – ainda que de forma expositiva – em suas descrições como uma forma de preocupação em prover um guia seguro de orientação de atuação aos administradores<sup>63</sup> sobre o que devem ou não devem fazer, facilitando ainda

---

<sup>55</sup> De acordo com o artigo 158 da Lei nº 6.404/76, “O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto”.

<sup>56</sup> De acordo com o artigo 159 da Lei nº 6.404/76, “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”.

<sup>57</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, Op.cit. p. 1085.

<sup>58</sup> De acordo com o artigo 153 da Lei nº 6.404/76, “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

<sup>59</sup> De acordo com o artigo 154 da Lei nº 6.404/76, “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

<sup>60</sup> De acordo com o artigo 155 da Lei nº 6.404/76, “O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir”.

<sup>61</sup> De acordo com artigo 156 da Lei nº 6.404/76, “É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe notificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse”.

<sup>62</sup> De acordo com o artigo 157 da Lei nº 6.404/76, “O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular”.

<sup>63</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1085.

a apuração de sua responsabilidade em hipótese de não observância<sup>64</sup>.

Por ter adotado conceitos de formas gerais aos padrões de conduta dos administradores no que tange a seus comportamentos positivos e negativos, a Lei nº 6.404/76 conferiu ao intérprete e ao aplicador da lei uma determinada liberdade de interpretação que deve ser usada cautelosamente, como nos ensina Luiz Antonio de Sampaio Campos:

*“Essa liberdade, típica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, deve, porém, ser usada de forma inteligente e cuidadosa, a manter o sistema íntegro, para não desencorajar e afastar pessoas honestas e competentes dos cargos de administradores, e também de modo a não criar um sistema que as entorpeça a ação com uma burocracia prejudicial à vida da companhia, afastando-as do risco inerente ao negócio”.*<sup>65</sup>

Observa-se, portanto, que o grande objetivo da Lei ao incluir esta Seção foi o de impedir que os administradores colocassem seus interesses pessoais à frente dos interesses da companhia e de seus acionistas como um todo, ou ainda que fossem negligentes no desempenho de suas funções como membros dos órgãos de administração<sup>66</sup>.

Vale ressaltar que, na hipótese de aplicação dos dispositivos da Lei nº 6.404/76 com relação aos deveres e responsabilidades dos administradores, devem ser observadas as funções desempenhadas pelos respectivos membros dos órgãos de administração – conselheiros e diretores – para que não gere nenhum equívoco na atribuição de deveres e responsabilidades, conforme expõe Luiz Antonio de Sampaio Campos, em seu voto como Diretor da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a seguir:

*“(...) é de capital importância que os dispositivos referentes a deveres e responsabilidades dos administradores não sejam aplicados mecanicamente, sem prévia interpretação, à luz das estruturas, modalidades e atividades dos órgãos da administração e, mais ainda, do mundo real, para se evitar os excessos utópicos, de que falava a exposição de motivos da anteprojeto da Lei 6.404/76. É fundamental que, no momento de se aplicar estes dispositivos, se mergulhe, profundamente, nas estruturas destes órgãos sociais,*

---

<sup>64</sup> QUATTRINI, Larissa Teixeira. Os Deveres dos Administradores de Sociedades Anônimas Abertas: Estudo de Casos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23.

<sup>65</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, Op.cit., p. 1087.

<sup>66</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1090.

*conselho de administração e diretoria, e suas respectivas formas de atuar, sem se ignorar as suas especificidades, desde o modo de atuação, notadamente quanto à forma de deliberação.*<sup>67</sup>

Além destes, há outros deveres que se encontram dispersos na Lei, como, por exemplo, os de convocar a assembleia geral ordinária (artigo 123<sup>68</sup>); divulgar e deixar à disposição dos acionistas até um mês antes da assembleia geral ordinária, os documentos da administração (artigo 133<sup>69</sup>); estar presente pelo menos um dos administradores à assembleia geral ordinária (artigo 134 e parágrafos<sup>70</sup>); providenciar as demonstrações financeiras (artigo 176<sup>71</sup>); zelar para que as operações entre sociedades coligadas, controladoras ou controladas observem condições estritamente comutativas (artigo 245<sup>72</sup>);

<sup>67</sup> CVM, Inquérito Administrativo CVM nº TA-RJ 2002/1173, Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, Rio de Janeiro, 2 de outubro de 2003.

<sup>68</sup> De acordo com o artigo 123 da Lei nº 6.404/76, “Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembleia-geral”.

<sup>69</sup> De acordo com o artigo 133 da Lei nº 6.404/76, “Os administradores devem comunicar, até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembleia geral ordinária, por anúncios publicados na forma prevista no artigo 124, que se acham à disposição dos acionistas: I - o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo; II - a cópia das demonstrações financeiras; III - o parecer dos auditores independentes, se houver; IV - o parecer do conselho fiscal, inclusive votos dissidentes, se houver; e V - demais documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia”.

<sup>70</sup> De acordo com o artigo 134, *caput*, e §§ 1º a 6º, “Art. 134. Instalada a assembleia geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação. § 1º Os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembleia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas, mas os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, os documentos referidos neste artigo. ; § 2º Se a assembleia tiver necessidade de outros esclarecimentos, poderá adiar a deliberação e ordenar diligências; também será adiada a deliberação, salvo dispensa dos acionistas presentes, na hipótese de não comparecimento de administrador, membro do conselho fiscal ou auditor independente. ; § 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286). ; § 4º Se a assembleia aprovar as demonstrações financeiras com modificação no montante do lucro do exercício ou no valor das obrigações da companhia, os administradores promoverão, dentro de 30 (trinta) dias, a republicação das demonstrações, com as retificações deliberadas pela assembleia; se a destinação dos lucros proposta pelos órgãos de administração não lograr aprovação (artigo 176, § 3º), as modificações introduzidas constarão da ata da assembleia.; § 5º A ata da assembleia geral ordinária será arquivada no registro do comércio e publicada.; § 6º As disposições do § 1º, segunda parte, não se aplicam quando, nas sociedades fechadas, os diretores forem os únicos acionistas.

<sup>71</sup> De acordo com o artigo 176 da Lei nº 6.404/76, “Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: I - balanço patrimonial; II - demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; III - demonstração do resultado do exercício; IV - demonstração dos fluxos de caixa; e V - se companhia aberta, demonstração do valor adicionado”.

<sup>72</sup> De acordo com o artigo 245 da Lei nº 6.404/76, “Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”.

quando for administrador de sociedade filiada, observar a orientação e as instruções expedidas pelos administradores do grupo (artigo 273<sup>73</sup>) e zelar para que não ocorram prejuízos decorrentes de atos estranhos à convenção instituidora de agrupamento (artigo 276, §3<sup>o74</sup>)<sup>75</sup>.

Fábio Ulhoa Coelho sustenta que existem ainda deveres implícitos aos administradores, os quais se percebem por normas gerais, ou mesmo a partir de princípios que regem o direito societário brasileiro. Em suas palavras:

*“São dessa categoria os deveres de observar os estatutos, cumprir as deliberações dos órgãos societários hierarquicamente superiores, controlar a atuação dos demais administradores, não competir com a sociedade etc.”<sup>76</sup>*

Fora a finalidade de proteger a própria companhia, e a observância de que seus negócios estão sendo conduzidos de maneira diligente, os deveres dos administradores buscam a proteção dos acionistas no intuito de que estes não tenham seus direitos frustrados por razões que fogem à condução propriamente dita da gestão de uma companhia.

### 3.1. Dever de Diligência

O artigo 153 da Lei nº 6.404/76 dispõe que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Tal dispositivo figura-se como o primeiro dever na Seção de Deveres e Responsabilidades dos administradores e, como se refere o advogado Luiz Antonio de Sampaio Campos, “é a pedra de toque da atuação dos

---

<sup>73</sup> De acordo com o artigo 273 da Lei nº 6.404/76, “Os administradores do grupo e os investidos em cargos de mais de uma sociedade poderão ter a sua remuneração rateada entre as diversas sociedades, e a gratificação dos administradores, se houver, poderá ser fixada, dentro dos limites do § 1º do artigo 152 com base nos resultados apurados nas demonstrações financeiras consolidadas do grupo”.

<sup>74</sup> De acordo com o §3º do artigo 276, “Os sócios minoritários da filiada terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de atos praticados com infração das normas deste artigo, observado o disposto nos parágrafos do artigo 246”.

<sup>75</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 33.

<sup>76</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

administradores”<sup>77</sup>. Isto porque é a regra suprema do norte de atuação dos administradores, pela qual se estabelece um comportamento, um padrão geral de conduta, uma orientação flexível, cuja aplicabilidade deve ser verificada caso a caso, e da qual se desdobram os demais deveres<sup>78</sup>.

A importância do dever de diligência reside ainda no fato de se constituir não só um dever, e sim, um princípio geral<sup>79</sup> de comportamento que sempre acompanha a execução ou o cumprimento de qualquer obrigação, e a sua transposição ao âmbito da gestão das companhias<sup>80</sup>.

Vale notar que, o dever de diligência dos administradores distingue-se do dever de diligência dos demais devedores de obrigações em geral. Enquanto que para estes o dever de diligência corresponde ao grau de esforço exigível de alguém para que cumpra determinada obrigação, para os administradores exige mais do que o mero cumprimento do dever de desempenhar suas funções em seus respectivos cargos, na medida em que demanda dedicação, atenção, zelo e cuidado, ou seja, uma atuação competente e profissional<sup>81</sup>.

A origem do dever de diligência vem do princípio do *bonus pater familias*, do direito romano<sup>82</sup>, que designava a pessoa que administrava seus interesses com cuidado, zelo e prudência. Ainda, segundo o jurista Modesto Carvalhosa<sup>83</sup>, a presença do vernáculo “cuidado” no artigo 153 indica claramente uma nítida influência do *standard of care* do direito norte-americano, um padrão de conduta. Contata-se que o legislador teve, portanto, o objetivo de combinar tais cuidados, zelo e prudência do bom pai de família com a aptidão para a realização de negócios do *businessman* do direito anglo-saxão<sup>84</sup>.

Esta combinação faz total sentido, uma vez que o modelo do teórico bom pai de família<sup>85</sup> nos remete a uma pessoa conservadora e avessa

---

<sup>77</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1.097.

<sup>78</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 349.

<sup>79</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 41.

<sup>80</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 349.

<sup>81</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 42.

<sup>82</sup> CARVALHOSA, Modesto. Op. cit., p 274.

<sup>83</sup> Ibid. p. 271.

<sup>84</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1.100.

<sup>85</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 43.

a riscos, que estaria mais preocupada em preservar o patrimônio do que aumentá-lo, sendo que o objeto de uma companhia, no sentido da busca pela maximização dos lucros, pressupõe a propensão ao risco empresarial<sup>86</sup>, e o *businessman* nos remete a alguém com experiência no mundo empresarial.

O dever de diligência dos Administradores, por se tratar de uma orientação flexível<sup>87</sup>, deve ser aplicado com prudência e moldado caso a caso, de acordo com o modelo de conduta média dos administradores – que se verifica por meio da experiência comum – e levando em consideração ainda a natureza distinta dos poderes e competências conferidos pela Lei nº 6.404/76 aos respectivos administradores – diretores e conselheiros – da companhia<sup>88</sup>.

A Lei nº 6.404/76 não exige habilitações técnicas e profissionais específicas para o cargo de administrador – a experiência comum evidencia que uma excelente formação não traz necessariamente o sucesso empresarial. A Lei pretendeu estabelecer que o administrador, ao ser indicado para o exercício do cargo, avalie se obtém as condições necessárias para o desempenho da função e, caso não as obtenha, assumirá o risco de ser responsabilizado posteriormente por descumprimento do dever de diligência. Isto não significa que o administrador deve ser submetido a uma perícia específica para o cargo, mas que o administrador diligente não irá aventurar-se em assuntos nos quais lhe falta a devida *expertise*<sup>89</sup>.

O dever de diligência não requer a obtenção de um determinado resultado, mas sim que sejam empregados os seus melhores esforços para alcançá-lo<sup>90</sup>. Trata-se, portanto, de uma obrigação de meio, e não de resultado, pela qual não infringe o dever de diligência o administrador que agiu de forma diligente em observância aos comportamentos obrigatórios mas que não alcançou ou alcançou de maneira parcial os objetivos da companhia<sup>91</sup>.

Flavia Parente leciona a respeito:

---

<sup>86</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1.101.

<sup>87</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 349.

<sup>88</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 45.

<sup>89</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1.102.

<sup>90</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 349.

<sup>91</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 50.

*“Tendo o administrador uma obrigação de meio e não de resultado, deduz-se que dele é exigível apenas a condução, de maneira diligente, dos negócios sociais de acordo com o interesse social, tendo em vista os postulados da administração de empresas.”<sup>92</sup>*

O jurista José Alexandre Tavares Guerreiro sintetiza a respeito do dever de diligência:

*“Parte a lei, no art. 153, do estabelecimento de um modelo de comportamento, isto é, de um padrão destinado a servir de medida ou elemento de comparação para juízo de casos concretos. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. Assim se descreve o dever básico do administrador, a que a lei chamou de dever de diligência, do qual, a bem dizer, os demais deveres são desdobramentos.”<sup>93</sup>*

É importante ressaltar ainda que o dever de diligência se decompõe em cinco outros deveres, cujo exame é essencial para aferição<sup>94</sup> do comportamento diligente de um administrador, são eles os deveres de: (i) se qualificar para o cargo; (ii) bem administrar; (iii) se informar; (iv) investigar; e (v) vigiar<sup>95</sup>.

### **3.2. Dos Deveres Abarcados no Dever de Diligência e da *Business Judgment Rule***

#### **3.2.1. Dever de se Qualificar para o Cargo**

O administrador deve ter ou adquirir os conhecimentos técnicos mínimos sobre as atividades da companhia e a competência necessária ao desempenho de suas funções, para que tenha a capacidade técnica para tomar decisões de maneira refletida e responsável<sup>96</sup>. Isto é, não se exige que o administrador seja um técnico altamente especializado em todas as matérias que possam estar no âmbito de sua apreciação, mas sim, o

---

<sup>92</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 50.

<sup>93</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, Volume 2. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 471.

<sup>94</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 353.

<sup>95</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 101.

<sup>96</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p 353.

mínimo de profissionalidade e perícia para o exercício da função. Espera-se, portanto, que caso a pessoa não tenha tais conhecimentos técnicos, não aceite o cargo de administrador em nome do dever de diligência<sup>97</sup>.

### **3.2.2. Dever de Bem Administrar**

Este dever consiste na atuação do administrador visando à consecução do interesse social<sup>98</sup>. Nesse sentido, cabe ao administrador praticar todos os atos necessários à plena execução da vontade social, a fim de realizar o objeto social da companhia<sup>99</sup>.

Os administradores têm, portanto, o dever de praticar os atos de gestão e de representação para os quais, conselheiros e diretores, foram respectivamente designados, devendo de fato exercer estes poderes<sup>100</sup>.

Dessa forma, os administradores têm o dever de desempenhar o cargo de maneira diligente, isto é, o dever de desempenhar o cargo pressupõe o dever de administrar e o dever de atuar com diligência<sup>101</sup>.

### **3.2.3. Dever de se Informar**

O administrador tem a obrigação de obter as informações necessárias sobre o desenvolvimento dos negócios da companhia de uma maneira geral, e de obter os dados necessários para uma diligente tomada de decisão<sup>102</sup>.

A atuação de um administrador diligente pressupõe a obtenção das informações necessárias para se avaliar os riscos de um negócio, e as vantagens e desvantagens que a sua tomada de decisão envolverá<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades. São Paulo: Quarter Latin, 2006, p. 222.

<sup>98</sup> EIZIRIK, Nelson. Op.cit. p 353.

<sup>99</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 108.

<sup>100</sup> Ibid. p. 110.

<sup>101</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 110.

<sup>102</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1.106.

<sup>103</sup> Ibid. p. 1.102.

#### **3.2.4. Dever de Investigar**

Este dever se trata de uma decorrência do dever de se informar, consistindo no fato de que o administrador deve manter uma postura ativa, devendo investigar o desenvolvimento das atividades da companhia<sup>104</sup>, o que lhe impõe a obrigação de analisar criticamente as informações que recebe, no intuito de detectar potenciais problemas que possam vir a surgir em decorrência do desenvolvimento de tais atividades<sup>105</sup>.

#### **3.2.5. Dever de Vigiar**

Este dever está vinculado ao dever de investigar, consistindo na obrigação dos administradores de vigiarem, ou monitorarem, o desenvolvimento das atividades da companhia<sup>106</sup>.

Exige-se dos administradores por este dever, não a obrigação de examinar detalhadamente todas as operações da companhia, mas sim uma vigilância geral, no sentido de fiscalizar o andamento dos seus negócios e a execução das deliberações e decisões tomadas<sup>107</sup>.

#### **3.2.6. Business Judgment Rule**

A *Business Judgment Rule* é uma construção jurisprudencial do Direito norte-americano, que visa dar liberdade aos administradores para decidirem sobre a oportunidade e conveniência dos seus atos, e lhes oferecer uma proteção acerca das decisões tomadas, de boa-fé, no interesse da sociedade e com base em informações razoáveis e em respeito ao dever de diligência, sem que estas sejam revistas pelos tribunais e, além disso, sem que sejam sujeitos à responsabilização na hipótese de tais decisões se revelarem inadequadas ou mal sucedidas<sup>108</sup>.

No Direito Societário brasileiro a *business judgment rule* é comumente referida como a “regra do julgamento do negócio”<sup>109</sup>, encontrando previsão

---

<sup>104</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011a, p. 355.

<sup>105</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 119.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio in FILHO, Alfredo Lamy; PEDREIRA, José Luiz Bulhões, 2009a, p. 1.107.

<sup>108</sup> PARENTE, Flávia. Op. Cit., p. 71.

<sup>109</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do in SILVA, Alexandre Couto. Direito Societário: Estudos sobre

legal no artigo 159, § 6º, da Lei nº 6.404/76<sup>110</sup>, e tem como seu principal campo de aplicação os Processos Administrativos Sancionadores da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Luiz Antonio de Sampaio Campos sintetizou a ideia do *business judgment rule* em um de seus votos enquanto Diretor da Comissão de Valores Mobiliários:

*“(...) a Lei nº 6.404/76, que numa “tropicalização” da business judgment rule permite inclusive que se exclua a responsabilidade dos administradores, quando se verificar que estes mesmo violando a lei agiram de boa-fé e no interesse da companhia, conforme expressamente o parágrafo 6º do art. 159. Assim, segundo penso, os administradores e os acionistas têm discricionariedade para gerir o caixa da companhia e tomar as decisões que entenderem mais apropriadas ao interesse da companhia.”<sup>111</sup>*

A lógica desta regra consiste em reconhecer que a autoridade jurisdicional não deve rever o mérito das decisões negociais tomadas pela administração, para que desta forma possa encorajar os administradores a servirem à companhia, de forma equilibrada e alinhada com os deveres que lhes são impostos, porém, assumindo os riscos inerentes à atividade empresarial que podem vir a ser benéficos para a companhia<sup>112</sup>.

Flávia Parente ensina o objetivo desta regra:

*“A business judgment rule tem por finalidade oferecer ampla proteção às decisões de negócios bem informadas, constituindo uma espécie de “porto seguro” para os administradores, que devem ser encorajados não apenas a assumir cargos de administração, como também a correr determinados riscos que são inerentes à gestão empresarial. Com efeito, as pessoas competentes devem ser estimuladas a aceitar a função de administradores, sendo conveniente que disponham de amplos poderes para conduzir os negócios sociais.”*

---

a Lei de Sociedade por Ações. São Paulo: Saraiva, 2013. P.172.

<sup>110</sup> De acordo com o § 6º do art. 159 da Lei nº 6.404/76, “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

<sup>111</sup> CVM, Processo Administrativo Sancionador CVM nº 03/02, Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2004.

<sup>112</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do in SILVA, Alexandre Couto, Op. cit. p. 173.

É importante ressaltar que a *business judgment rule* não visa proteger toda e qualquer decisão de gestão tomada pelo administrador, de forma que esta regra não pode ser entendida como uma excludente definitiva do controle jurisdicional no âmbito das decisões tomadas pela administração da companhia, mas sim uma regra que tem como objetivo trazer um equilíbrio para evitar excessos no controle jurisdicional em relação a atos de gestão e decisões negociais<sup>113</sup>.

## **4. DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

### **Regime Jurídico**

A sociedade de economia mista – junto com a empresa pública – constitui um dos principais instrumentos utilizados pelo Estado para intervir como empresário no domínio econômico<sup>114</sup>, sendo ambas integrantes da Administração Indireta do Estado<sup>115</sup>, conforme disposto no artigo 4º, II, “b” e “c” do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>116</sup>.

O acionista controlador da sociedade de economia mista, direta ou indiretamente, é sempre o Estado, seja na esfera municipal, estadual ou federal, que deve ser titular da maioria das ações com direito a voto<sup>117</sup>.

Em nosso sistema jurídico, as sociedades de economia mista são disciplinadas por meio de normas de diferentes origens e hierarquias, sendo elas: (i) constitucionais; (ii) administrativas; (iii) de direito privado (a Lei nº 6.404/76); e (iv) especiais que regulam a constituição de tais sociedades<sup>118</sup>.

As sociedades de economia mista encontram base legal no artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>119</sup>, estão sujeitas

---

<sup>113</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do in SILVA, Alexandre Couto, Op. cit. p. 175.

<sup>114</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume III – Arts. 189 a 300*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011b, p. 284.

<sup>115</sup> EIZIRIK, Nelson, 2011b, p. 292.

<sup>116</sup> De acordo com artigo 4º, inciso II, alíneas “b” e “c” do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, “A Administração Federal compreende: II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista”.

<sup>117</sup> EIZIRIK, Nelson, Op.cit, p. 312.

<sup>118</sup> Ibid. p. 293.

<sup>119</sup> De acordo com o artigo 173 da Constituição Federal da República de 1988, “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

ao regime das sociedades por ações, conforme disposto no artigo 235 da Lei nº 6.404/76<sup>120</sup>, e são reguladas ainda pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967<sup>121</sup>, e pelo Decreto nº 1.091, de 21 de março de 1994<sup>122</sup>.

O Decreto-Lei nº 200/1967, em seu artigo 5º, III, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 900/1969, instituiu a seguinte definição para as sociedades de economia mista:

*“Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”*

Partindo deste conceito, temos 3 (três) elementos caracterizadores de uma sociedade de economia mista: (i) a sua constituição mediante lei específica; (ii) a adoção da personalidade jurídica de direito privado; e (iii) a titularidade da maioria do capital votante por parte do Estado, direta ou indiretamente<sup>123</sup>.

O funcionamento do Conselho Fiscal das sociedades de economia mista será permanente, sendo que um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelos detentores das ações ordinárias minoritárias, e outro pelas ações preferenciais, se houver, conforme artigo 240<sup>124</sup> da Lei nº 6.404/76.

Adicionalmente, no artigo 37, XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>125</sup> e, também, no artigo 236 da Lei nº 6.404/76<sup>126</sup>, temos

---

<sup>120</sup> De acordo com o artigo 235 da Lei nº 6.404/76, “As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”.

<sup>121</sup> O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

<sup>122</sup> O Decreto nº 1.091, de 21 de março de 1994 dispõe sobre procedimentos a serem observados por empresas controladas direta ou indiretamente pela União.

<sup>123</sup> EIZIRIK, Nelson, 2011b, p. 293.

<sup>124</sup> De acordo com o artigo 240 da Lei nº 6.404/76, “O funcionamento do conselho fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver”.

<sup>125</sup> De acordo com o artigo 37, inciso XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “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: XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”.

<sup>126</sup> De acordo com o artigo 236 da Lei nº 6.404/76, “A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa”.

a exigência de que a sociedade de economia mista seja criada por meio de lei específica.

Eros Grau diz que “o elemento primordial a caracterizá-la como uma sociedade de economia mista é a sua criação por lei”<sup>127</sup>.

Por sua vez, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 173, § 1º, II<sup>128</sup>, determina que a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, estão submetidas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e fiscais. O intuito de submeter a sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica ao regime de direito privado visa a conferir-lhe a necessária flexibilidade para que possa competir adequadamente com seus concorrentes nos mercados nacional e internacional<sup>129</sup>.

O artigo 235, § 1º da Lei nº 6.404/76 estabelece, ainda, que as companhias abertas de economia mista estão sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM. O artigo 236 dispõe ainda que a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa. Isto foi estabelecido com o propósito de evitar a criação indiscriminada dessas empresas, considerando que sua criação é submetida à avaliação do Poder Legislativo, que levará em consideração os aspectos de conveniência e necessidade.

Nessa mesma linha, o artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que, ressalvados os casos nela previstos, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou em caso de relevante interesse coletivo. O artigo 237, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.404/76,

---

<sup>127</sup> GRAU, Eros Roberto. *Lucratividade e Função Social nas Empresas sob Controle do Estado*. Revista de Direito Mercantil. vol 55. São Paulo: Malheiros, p. 58.

<sup>128</sup> De acordo com o artigo 173, §1º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;”.

<sup>129</sup> EIZIRIK, Nelson, 2011b, p. 294.

também têm o propósito de restringir a expansão do setor público, podendo a sociedade de economia mista somente explorar empreendimentos e exercer atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição.

O artigo 238 da Lei nº 6.404/76 determina que a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117 da Lei nº 6.404/76), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Temos assim que, o controlador da sociedade de economia mista está equiparado ao acionista controlador da sociedade por ações, de forma que devem ser observados os requisitos do artigo 116 da Lei nº 6.404/76. O referido artigo disciplina que o acionista controlador deve usar o seu poder de controle, a fim de fazer a companhia realizar seu objeto e cumprir sua função social, tendo ao mesmo tempo os deveres e responsabilidades para com os que trabalham na companhia, para a comunidade em que atua, e para com os demais acionistas da empresa, cujos direitos e interesses devem lealmente respeitar e atender, respondendo na hipótese de ocorrência de abuso de poder o acionista controlador pelos danos causados (artigo 117).

Por fazer parte da Administração Indireta do Estado, impõe-se às sociedades de economia mista o controle do Tribunal de Contas da União, conforme disposto no artigo 71, II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>130</sup>.

Dessa forma, percebemos que as normas de direito público aplicáveis à sociedade de economia mista concentram-se em 2 (duas) áreas: (i) nas suas relações com a pessoa jurídica que a instituiu; e (ii) nos seus mecanismos de controle, mediante procedimentos como a supervisão ministerial e a fiscalização do emprego de recursos públicos por parte do Tribunal de Contas<sup>131</sup>.

Com relação à administração das sociedades de economia mista, o

---

<sup>130</sup> De acordo com o artigo 71, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”.

<sup>131</sup> EIZIRIK, Nelson, 2011b, p. 297.

artigo 239 da Lei nº 6.404/76 regulou a obrigatoriedade da existência do Conselho de Administração, seja ela companhia aberta ou fechada, sendo assegurado aos acionistas minoritários o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. Ainda, a lei de criação da sociedade de economia mista poderá estabelecer que cargos da administração sejam providos por pessoas indicadas ou nomeadas por autoridades públicas<sup>132</sup>.

Aos administradores de sociedades de economia mista aplicam-se os mesmos deveres e responsabilidades dos administradores das companhias abertas, conforme disposto no artigo 239, § único da Lei nº 6.404/76, devendo cumprir os deveres que constam nos artigos 153 a 158 da Lei nº 6.404/76, e estando sujeitos à ação de responsabilidade civil de que trata o artigo 159, além de se submeterem às normas aplicáveis às companhias abertas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

A responsabilidade dos administradores do ponto de vista da legislação societária é a mesma, sejam eles indicados por acionistas minoritários (ou privados, no caso de sociedade de economia mista) ou pelos controladores (o Estado, no caso de sociedade de economia mista).

No entanto, os administradores indicados ou eleitos pelo Estado subordinam-se não só às regras da Lei nº 6.404/76 como também às normas de Direito Público, que regulam a responsabilidade dos agentes públicos. Vale salientar que se incluem na categoria de “agentes administrativos”, espécie do gênero “agentes públicos”, “os dirigentes de empresas estatais” (não os seus empregados) como representantes da Administração Indireta do Estado, que nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade<sup>133</sup>.

Conforme descrito anteriormente, apesar de sua estrutura, as sociedades de economia mista não estão sujeitas somente ao regime jurídico de natureza privada, uma vez que se submetem em diversos aspectos, às regras de direito público, basicamente pelo propósito de alcançar os objetivos que justificaram a sua criação.

---

<sup>132</sup> VENANCIO FILHO, Alberto in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, *Direito das Companhias, Volume II*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 1.916.

<sup>133</sup> VENANCIO FILHO, Alberto in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy. 2009b. p. 1.916.

Desta forma, a sociedade de economia mista tem natureza jurídica de pessoa jurídica *sui generis*, pois é integrante da Administração Indireta do Estado, sujeita aos controles do Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas e cujos administradores, nomeados por ato administrativo, são agentes públicos<sup>134</sup>.

#### 4.2 Interesse Público

Conforme já mencionado acima, o artigo 238 da Lei nº 6.404/76 estabelece que “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigo 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Na parte final deste dispositivo é empregado o termo “mas poderá” que, de modo dubitativo, dá a entender que nem sempre o acionista controlador, nas sociedades de economia mista, precisará adotar tal orientação de atender ao interesse público. Mas, na verdade, o objetivo da Lei consiste em reconhecer as sociedades de economia mista como uma entidade de direito privado – e, portanto, sociedades mercantis que são –, que devem, portanto, defender os interesses privados dos acionistas, mas levando em consideração o interesse público que justificou a sua criação<sup>135</sup>.

Nesse sentido leciona Fran Martins:

*“E justamente, como sociedades mercantis que são, as companhias de economia mista devem atender aos interesses particulares dos acionistas mas devem, igualmente, levar em conta o interesse público que justificou a sua criação. Esse fato não constitui uma simples faculdade, como declara a lei, ao usar as palavras “mas poderá” e sim um dever, visto como, para autorizar a criação da sociedade de economia mista, deve o Estado possuir razões de interesse geral que necessita preservar.”<sup>136</sup>*

---

<sup>134</sup> EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Volume III – Arts. 189 a 300. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011, p. 312.

<sup>135</sup> MARTINS, Fran. Comentários à lei das sociedades anônimas; lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, volume 3: artigos 206 a 300. Rio de Janeiro, Forense, 1978. P 214.

<sup>136</sup> Ibid. p 215.

E ainda conclui a respeito Fran Martins:

*“Se houve, como de fato deve ter havido, um interesse público que justificou a criação da companhia de economia mista, o acionista controlador, ao contrário da faculdade que lhe dá a lei, tem o dever de orientar as atividades da companhia para atender a esse interesse, pois do contrário não se justificaria a sua criação.”<sup>137</sup>*

Ainda que apresente uma estrutura jurídica de direito privado, a sociedade de economia mista é necessariamente constituída para alcançar objetivos de interesse público disciplinados na lei que a instituiu<sup>138</sup>. Há por isso um debate acerca da definição de interesse público, que consiste no fato de alguns entenderem que seriam incompatíveis as expressões “deveres e responsabilidades do acionista controlador” e “interesse público” dispostas no artigo 238. Por outro lado, a maior parte da doutrina entende que uma vez que o interesse público culminou na criação da sociedade de economia mista, o acionista privado que dela quis participar teve conhecimento das atividades que a companhia iria desempenhar e do interesse público que deverá atender, sendo esta a razão pela qual justificou a sua criação, e não havendo, portanto, incompatibilidade entre os dois termos do artigo<sup>139</sup>.

De fato, o interesse público constitui fator crucial para reconhecimento da caracterização de uma sociedade de economia mista. Isto é, não basta apenas que o Estado configure como o acionista controlador de tais companhias, é necessário, além disso, que o interesse público esteja presente permanentemente nos objetivos decorrentes da atividade econômica desempenhada por tal sociedade, que resulta em uma consequente intervenção do Estado no domínio econômico, fazendo-se necessária, portanto, a autorização legal. Neste sentido leciona Gilberto Bercovici:

*“O que caracteriza a sociedade de economia mista não é apenas a presença majoritária do Estado no seu capital acionário. Uma participação majoritária estatal que fosse transitória ou eventual não modificaria o objeto ou os fins de uma sociedade comum. A sociedade de economia mista é uma estrutura de direito privado (uma sociedade anônima) vinculada de modo permanente a objetivos de interesse público. Por isto a autorização para sua criação*

---

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> EIZIRIK, Nelson, 2011b, p. 312.

<sup>139</sup> VENANCIO FILHO, Alberto in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy. 2009b, p. 1.915.

*deve ser efetuada por lei. Sem a base legal que a cria, a sociedade de economia mista não passaria de uma sociedade anônima comum, com participação acionária estatal.*<sup>140</sup>

No direito administrativo, a expressão “interesse público” tem o sentido de interesse motivador da ação do Estado, encontrando apoio no interesse particular de cada indivíduo. Com base em tal entendimento, cabe ao acionista controlador da sociedade de economia mista orientar as atividades da companhia para que os fins sociais sejam atendidos, agindo no interesse coletivo de todos os cidadãos<sup>141</sup>.

Considerando a presença de acionistas privados que nas sociedades de economia mista foram chamados a realizarem investimentos, o Estado como controlador da sociedade de economia mista, além de perseguir o interesse público, deve buscar o escopo lucrativo, comum a toda e qualquer companhia<sup>142</sup>.

Neste sentido leciona Eros Grau:

*“Vê-se, destarte, que a produção de lucros pelas empresas sob controle do Estado é direta e expressamente admitida em nosso direito positivo. Ainda que não sejam elas constituídas para produzir lucros, esse – a lucratividade delas – é efeito decorrente de sua própria existência.”*<sup>143</sup>

Cabe notar, contudo, que na sociedade de economia mista, o Estado perseguirá objetivos de interesse público que justificou a sua criação, podendo orientá-la legitimamente para o seu atendimento, mesmo em detrimento dos interesses dos acionistas minoritários privados, hipótese em que não se caracterizará o abuso do poder de controle. Por outro lado, caso o Estado pratique atos em detrimento aos acionistas minoritários privados, de forma que oriente a sociedade de economia mista a agir fora dos limites do interesse público que justificou a sua criação, ou seu objeto, ou ainda contrariando o seu interesse social, estará sujeito às

---

<sup>140</sup> BERCOVICI, Gilberto. Natureza Jurídica de Sociedade Anônima Estatal. Revista de Direito Mercantil. vol 153/154. São Paulo: Malheiros, jan-jul. 2010. p.301)

<sup>141</sup> VENANCIO FILHO, Alberto in PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy. 2009b, p. 1.915.

<sup>142</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011b, p. 313.

<sup>143</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 55.

consequências da prática de abuso de poder de controle como qualquer acionista controlador privado<sup>144</sup>.

O serviço público deve atender ao princípio da supremacia do interesse público, que se subdivide em interesse público primário ou secundário e são definidos como o interesse da coletividade e o interesse dos aparelhos do Estado, respectivamente. O acionista controlador da sociedade de economia mista que a utilize como veículo para o atendimento de interesses secundários, ou seja, de interesses dos aparelhos do Estado e de seus agentes, poderá ter tal conduta caracterizada como abuso de poder do controlador<sup>145</sup>.

Nesse sentido leciona Modesto Carvalhosa:

*“Aí reside o limite do uso ou abuso do controle por parte do Poder Público. A sociedade de economia mista voltada para si mesma, por representar os interesses corporativos dos aparelhos do Estado que a contratou, configura desvio de finalidade. Nesse caso, ocorre desvio de poder, figura típica do direito público e, portanto, inteiramente aplicável ao ente público controlador da sociedade de economia mista. E o desvio de finalidade caracteriza-se quando o controlador, embora observando a estrutura da sociedade de economia mista, desvirtua as finalidades de atendimento do interesse coletivo para a qual foi criada.”*

Portanto, verifica-se que as sociedades de economia mista têm por escopo o interesse público, elemento crucial para sua caracterização, mas por ostentarem natureza de sociedades mercantis, devem defender também os interesses privados dos acionistas<sup>146</sup>.

## **5. POSICIONAMENTOS CVM**

Neste Capítulo serão expostos casos julgados no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, que versam tanto sobre o dever de diligência dos administradores, quanto sobre o interesse público que rege as sociedades de economia mista, e que evidenciam o posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários – CVM a respeito.

---

<sup>144</sup> EIZIRIK, Nelson. Op.cit., p. 314.

<sup>145</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º Volume Tomo I – Arts. 206 a 242*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 438.

<sup>146</sup> MARTINS, Fran. Op. cit. p 214.

### 5.1 Caso Sadia S.A. (PAS CVM nº 18/08) – Dever de Diligência

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM já teve diversas oportunidades de julgar casos envolvendo o dever de diligência dos administradores de companhias abertas. Estas decisões tornaram-se precedentes para outros casos da mesma natureza e impactaram a todos que atuam no mercado de ações<sup>147</sup>.

Cumprir<sup>148</sup> o Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/08<sup>149</sup>, que tratou do descumprimento de esperado dever de diligência por parte dos administradores da Sadia S.A. em razão de operações com derivativos realizadas pela companhia. Este descumprimento foi constatado a partir da divulgação de fato relevante, em 25 de setembro de 2008, em que se informava acerca da decisão da companhia de liquidar antecipadamente essas operações, ocasionando perdas de cerca de R\$760.000.000,00 (setecentos e sessenta milhões de reais).

A acusação entendeu ter havido violação ao dever de se informar, tanto por parte dos membros do Comitê Financeiro, quanto em relação àqueles pertencentes ao Comitê de Auditoria, pois não obtiveram no exercício de seu mandato as informações necessárias para exercerem adequadamente as suas respectivas funções.

Nesse sentido, o dever de os administradores buscarem informações e exercerem suas funções de modo esclarecido é ínsito ao próprio dever de diligência que exige que os administradores se informem adequadamente acerca da situação da companhia e sobre a forma com que ela está sendo conduzida, além de seus produtos e principais serviços.

O Diretor Relator do caso, Alessandro Broedel Lopes, em seu voto, citou interessante doutrina internacional, que ressalta a importância de um Conselho de Administração forte e atuante, que vale ser aqui transcrita:

*“A administração pode ser desonesta – passando por cima dos controles, ignorando ou ocultando comunicações dos subordinados e intencionalmente adulterando resultados para encobrir as pistas – mas um conselho forte e ativo irá identificar e corrigir esse tipo de situação. O conselho pode ser particularmente eficaz quando*

---

<sup>147</sup> QUATTRINI, Larissa Teixeira. Op. cit., p. 174.

<sup>148</sup> Ibid. p. 196.

<sup>149</sup> CVM, Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/08, Diretor Alessandro Broedel Lopes, Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2010.

*canais de comunicação sólidos e funções competentes de auditoria interna, legal e financeiras estiverem presentes.*<sup>150</sup>

No caso de órgãos técnicos ou consultivos criados para integrar a estrutura societária da companhia, aplica-se o disposto no artigo 160 da Lei nº 6.404/76, que lhes impõe o cumprimento do dever de diligência.

O Diretor Relator concluiu pelo descumprimento do dever de diligência – particularmente aos deveres de monitorar e de se informar – por parte dos conselheiros ao negligenciarem as falhas ocorridas no desenho do sistema de controles internos da Sadia S.A. e, por conseguinte, deixarem de observar os atos praticados pela Diretoria Financeira e as operações de derivativos realizadas. Entendeu ainda o Relator que a especialização técnica dos conselheiros haveria de ser considerada, observando-se, contudo, a responsabilidade colegiada (exceto quando da consignação de discordância sobre atos praticados).

O Relator afirmou ainda que o padrão de conduta há de ser ainda mais elevado na atuação dos conselheiros membros dos Comitês Financeiro e de Auditoria que possuem uma função específica no Conselho de Administração. Conclui o Relator que tais conselheiros especializados descumpriram também o dever de investigar – corolário do dever de diligência, que impõe aos administradores o dever de analisar criticamente as informações que lhes são fornecidas, bem como de apurar se merecem complemento.

Por fim, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, decidiu, por maioria de votos, pela absolvição de quatro conselheiros, dois pela inexistência nos autos de elementos que permitissem a sua responsabilização e outros dois em razão de inexistirem indicativos da atuação específica. Além disso, por terem assumido o Conselho de Administração apenas em abril de 2008, não teriam ocupado as funções por tempo razoável para que pudessem tomar as providências esperadas de um administrador. Entretanto, acerca do descumprimento do dever de diligência, decidiu pela aplicação de multa de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) aos conselheiros que era também membros do Comitê Financeiro ou do Comitê de Auditoria da Sadia S.A. e com relação aos demais

---

<sup>150</sup> BRAIOTTA, Louis. *The Audit Committee Handbook*. 5. Ed. New Jersey: Wiley, p. 239 apud item 51 do voto do Relator, CVM, Processo Administrativo Sancionador CVM nº 18/08, Diretor Alessandro Broedel Lopes, Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 2010.

conselheiros – no âmbito da aplicação da multa pecuniária – foi aplicada multa de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e ainda condenado o ex-Diretor Financeiro da Sadia S.A. à pena de inabilitação temporária por 3 (três) anos para o exercício de cargo de administrador de companhia aberta.

## **5.2 Caso Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras (PAS CVM nº RJ2013/6635) – Interesse Público**

Este presente Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/6635<sup>151</sup> foi instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas contra União Federal, a fim de apurar uma suposta violação do artigo 115, §1º, da Lei nº 6.404/76<sup>152</sup>, que trata do impedimento de voto por conflito de interesses, pelo fato de a União ter votado em assembleia geral extraordinária da sua controlada Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobras, realizada em 3 de dezembro de 2012.

Na referida assembleia geral extraordinária, a União votou favoravelmente à renovação de contratos de concessão de geração e transmissão de energia elétrica celebrados entre ela própria, enquanto concedente de um lado, e sociedades controladas da Eletrobras enquanto concessionárias, de outro.

Na hipótese, como a Eletrobras é sociedade de economia mista, o artigo 238 da Lei nº 6.404/76 – que trata do “interesse público” – configurou-se de grande relevância em torno da discussão do caso concreto.

Questionada, a União sustentou que seu voto estaria em linha com esse dispositivo, enquanto que os acionistas minoritários alegaram que a conduta da União só estaria abarcada pelo artigo 238 da Lei nº 6.404/76 caso o referido “interesse público” constasse da lei de criação da Eletrobras, a saber, a Lei nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961. O argumento dos acionistas minoritários fundamentou-se no fato de que assegurar a modicidade tarifária não consta como um dos interesses públicos que justificaram a

---

<sup>151</sup> CVM, Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/6635, Diretora Luciana Dias, Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015.

<sup>152</sup> De acordo com o artigo 115, §1º da Lei nº 6.404/76, “o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

criação da Eletrobras, cujas atividades não poderiam ser orientadas pela União para a consecução desse objetivo.

A Superintendência de Relações com Empresas concluiu que a conduta da União não deveria ser enquadrada na exceção do artigo 238 da Lei nº 6.404/76, uma vez que a persecução da modicidade tarifária concorreria paralelamente à obtenção de um benefício eminentemente financeiro e exclusivo da União. Desta forma, a Superintendência de Relações com Empresas entendeu que a satisfação daquele interesse público relacionado à política energética e à definição das tarifas não poderia ser invocada pela União como uma exceção ao impedimento de voto por conflito de interesses e acusou a União de violar o artigo 115, §1º da Lei nº 6.404/76.

Em sede de recente julgamento pelo Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, em 26 de maio de 2015, Relatora a Diretora Luciana Dias abordou, em seu voto, o “interesse público” das sociedades de economia mista.

Para a Diretora Luciana Dias, o artigo 238 não parece afastar os deveres e responsabilidades atribuídos a qualquer acionista controlador ou modificar as regras gerais a que se sujeita qualquer companhia aberta.

Pelo contrário, entende a Diretora que referido artigo reafirma esses deveres e, em caráter excepcional, apenas estabelece que as atividades da companhia poderão ser conduzidas pelo controlador (e exclusivamente pelo controlador) de modo a atender o interesse público que justificou a sua criação.

Para a Diretora, na verdade, a principal consequência do artigo 238 não diz respeito a um regime de exceção justificado pelo interesse público, mas, sim, a confirmação de que o regime jurídico societário, construído e desenvolvido ao longo do tempo como um parâmetro de convívio para a proteção dos interesses típicos de uma coletividade dos sócios, permanece incólume e aplicável à disciplina das situações de conflito que podem opor os acionistas, sejam eles públicos ou privados. O propósito do artigo 238 seria o de impedir que se questionem as decisões do controlador quando elas visam a promover o interesse público primário que justificou a criação da companhia.

Luciana Dias leciona:

*“(...) a referência a um interesse público específico e limitado, qual*

*seja, aquele que justificou a criação da sociedade de economia mista, denota a preocupação do legislador de limitar a utilização heterodoxa da companhia ao conteúdo de uma norma específica, conferindo previsibilidade e segurança jurídica aos investidores em geral. A parte final do artigo 238 somente se explica pela intenção do legislador de limitar o interesse público que pode mover o Estado. Isto porque seria desnecessário dizer ao Estado que deve agir orientado pelo interesse público – é premissa de toda ação do Estado se pautar por algum interesse público, de grande ou reduzida extensão, em especial, quando o Estado abre uma exceção à regra de livre iniciativa e resolve exercer uma atividade econômica por meio de uma empresa pública ou de economia mista<sup>153</sup>”.*

A Diretora ainda ensina em seu voto:

*“O Estado, assim, não está autorizado a conduzir os negócios da companhia com base em qualquer interesse público, mas tão somente aquele enunciado na lei que criou a respectiva estatal. (...) Em uma sociedade de economia mista com acionistas privados, as salvaguardas da Lei nº 6.404, de 1976, não devem ser vistas como óbices à concretização do interesse público que justificou a criação da companhia, mas como balizas que limitam, condicionam e dão forma à própria satisfação desse interesse. São regras do jogo, a que o Estado aderiu e se submeteu espontânea e livremente quando confiou às companhias a realização de finalidades públicas<sup>154</sup>”.*

A partir do voto da Relatora, a Diretora Luciana Dias, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, decidiu, de forma unânime, pela condenação da União à penalidade de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por infringir o disposto no artigo 115, §1º, da Lei nº 6.404/76, figurando conflito de interesses ao votar na assembleia geral extraordinária pela renovação das concessões de distribuição e transmissão de energia elétrica de companhias controladas pela Eletrobras.

Neste processo, o valor da multa – o máximo para casos como este – é o menos importante, uma vez que a União pagará para si mesma. O relevante desta decisão unânime é ter criado um precedente para a atuação do governo no controle de estatais com capital aberto.

---

<sup>153</sup> CVM, Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/6635, Diretora Luciana Dias, Rio de Janeiro, 26 de maio de 2015.

<sup>154</sup> Ibid.

## **6. A CORRELAÇÃO ENTRE O DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E O INTERESSE PÚBLICO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA**

Conforme já exposto no presente trabalho monográfico acerca das sociedades de economia mista, observamos que o Estado, ao constituir uma empresa estatal, visa à realização de atividade econômica ou serviço público por ele outorgados a fim de atender objetivo de política pública, ou porque o capital privado não tem condições ou interesse em produzi-lo, ou ainda, porque se decidiu excluir aquela atividade produtiva da esfera privada.

A sociedade de economia mista, cuja criação é autorizada por lei, tem o propósito de atender ao interesse público, com a participação ativa do poder público na vida e realização da empresa. O interesse público configura verdadeiro dever e não mera faculdade, pois do contrário não haveria razão para o Estado integrar o capital social da sociedade de economia mista, muito menos de ser o seu acionista controlador, hipótese em que, portanto, a sociedade não deveria ser de economia mista e, sim, de capital privado.

Como vimos, o artigo 239, § único da Lei nº 6.404/76 dispõe que os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas, e dentre tais deveres está o dever de diligência, que tem enorme relevância para o Direito Societário brasileiro, pois se trata do norte de atuação dos administradores, o que significa que a Lei estabeleceu um padrão de conduta que deverá ser seguido. Esse dever desdobra-se em outros, tais como os deveres de se qualificar para o exercício da função de administrador, de bem administrar, de se informar, de investigar e de vigiar.

O dever de diligência é mais que um dever, constitui um princípio geral de comportamento que anda lado a lado com o administrador no âmbito da gestão de uma companhia, configurando um dever cuja orientação flexível deve ser aplicada cautelosamente caso a caso, levando em consideração a respectiva função de cada administrador.

Assim, requer-se mais do que um esforço exigível para o cumprimento de uma determinada obrigação. A conduta do administrador deve-se

pautar também pela dedicação, atenção, zelo e cuidado para uma atuação competente e profissional<sup>155</sup>.

A correlação entre o dever de diligência dos administradores e o interesse público das sociedades de economia mista se dá partindo da premissa de que a criação destas companhias mistas apenas se justifica quando existe um interesse público a ser atendido. Diante da primazia do interesse público há uma responsabilidade do Estado frente a todo o país, o que não ocorre numa sociedade de capital privado, pois esta visa o atendimento de fins particulares.

Ora, se o que culmina a criação de uma sociedade de economia mista é a consecução de fins de interesse público, que se refere à coletividade de todos os cidadãos, há de se constatar que aos administradores das sociedades de economia mista exige-se ainda mais rigor no cumprimento do dever de diligência.

Quando se tem em jogo um interesse superior, pelo qual teve de se recorrer à intervenção do Estado no domínio econômico que, atuando como empresário, presta um serviço de relevante interesse coletivo, do qual uma nação inteira necessita e depende – como, por exemplo, a energia elétrica, no caso da Eletrobras, ou de combustíveis, no caso da Petrobras – nada mais lúcido que, diante de tamanha responsabilidade, exigir-se um padrão de conduta ainda mais elevado no que tange ao cumprimento do dever de diligência por parte dos administradores das sociedades de economia mista.

Porém, infelizmente, o que verificamos na prática, como diz o Professor Francisco Müssnich, é o Estado querendo ser “jogador do time e árbitro do jogo ao mesmo tempo”, atribuindo às sociedades de economia mista objetivos complementares, não necessariamente vinculados aos que inspiraram a sua instituição, como praticar preços inferiores aos de mercado, gerar empregos, ou promover o desenvolvimento de determinada região. Verifica-se, na verdade, a utilização da empresa estatal para desenvolver políticas clientelísticas de governo, que podem caracterizar a adoção de decisões cuja finalidade não seja o interesse da sociedade de economia mista e visem a causar prejuízos aos acionistas minoritários

---

<sup>155</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit., p. 42.

e investidores, consoante o disposto no artigo 117, §1º, alínea “c” da Lei nº 6.404/76<sup>156</sup> <sup>157</sup>.

## **7. CONCLUSÃO**

Diante do acima exposto, verificamos que o papel dos administradores numa companhia é de extrema importância, uma vez que dentro de suas respectivas esferas de competência, conduzem os negócios sociais e representam a companhia, tendo imensa responsabilidade no sucesso ou no insucesso da empresa.

Devido a essa relevância o legislador procurou estabelecer deveres para os administradores, mesclando intencionalmente princípios e comportamentos em suas descrições como uma forma de preocupação em prover um guia seguro de orientação à atuação destes administradores.

E, dentre estes deveres, o dever de diligência se destaca como a regra suprema do norte de atuação dos administradores, caracterizando-se como um padrão geral de conduta, com uma orientação flexível, cuja aplicabilidade deve ser verificada caso a caso.

Como também acima demonstrado, a criação de uma sociedade de economia mista apenas se justifica quando existe um interesse público a ser atendido e que deve constar da sua lei de criação.

Assim, pelo fato de as sociedades de economia mista terem a responsabilidade de atender a um interesse público, prestando um serviço de relevante interesse coletivo do qual todos os cidadãos necessitam e dependem, deve ser exigido de seus administradores o mais elevado *standard* de cumprimento ao dever de diligência.

Vale ressaltar, que a correlação entre o dever de diligência e o interesse público das sociedades de economia mista não significa de

---

<sup>156</sup> De acordo com o artigo 117, §1º, alínea “c” da Lei nº 6.404/76, “O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia”.

<sup>157</sup> EIZIRIK, Nelson. 2011b, p. 315.

forma alguma dar menos liberdade aos seus administradores e nem inibir as suas atuações. Desta forma, as decisões tomadas de boa-fé pelos administradores das sociedades de economia mista, em observância ao cumprimento do dever de diligência e aos demais deveres que deste se desdobram, mas que venham a se revelar inadequadas ou mal sucedidas, serão amparadas pela *business judgment rule*, para que se possa encorajar estes administradores a servirem às companhias, de modo equilibrado e alinhado com os deveres que lhes são impostos, porém, assumindo os riscos inerentes à atividade empresarial e que podem vir a ser benéficos para a companhia.

**Abstract:** At first, this dissertation intends to analyze the organizational structure of a company, with a specific focus on the management bodies of Board of Officers and the Board of Directors.

Further, the role and relevance of a company's executives – officers and directors – will be analyzed, as well as their main duties and responsibilities.

The legal regime of the government-controlled companies and the public interest which justifies its constitution will also be analyzed.

Finally, in light of the exposed along the dissertation, a correlation will be made between the duty of care of a company's executives and the public interest that rules the government-controlled companies.

**Key Words:** Company – Administrative Bodies – Board of Officers – Board of Directors – Executives – Duty of Care – Government-Controlled Companies – Public Interest – Correlation

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BERCOVICI, Gilberto. Natureza Jurídica de Sociedade Anônima Estatal. Revista de Direito Mercantil. vol 153/154. São Paulo: Malheiros, jan-jul. 2010.
- BRAIOTTA, Louis. The Audit Committee Handbook. 5. Ed. New Jersey: Wiley.
- CASTELLO BRANCO, Adriano, O Conselho de Administração nas Sociedades Anônimas, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Volume IV, Livro II Dos Comerciantes e seus Auxiliares, Parte III – Das Sociedades Comerciais, 5ª edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1954.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 3º Volume. Artigos 138 a 205. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 175.
- \_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4º Volume Tomo I – Arts. 206 a 242. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, volume 2: Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2010.
- EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Volume II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- \_\_\_\_\_. A Lei das S/A Comentada. Volume III – Arts. 189 a 300. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e Função Social nas Empresas sob Controle do Estado. Revista de Direito Mercantil. vol 55. São Paulo: Malheiros.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, 4ª edição. São Paulo, SP: IBGC, 2009. Disponível em <http://www.ibgc.org.br>. Acesso em 23 de maio de 2015.
- MARTINS, Fran. Comentários à lei das sociedades anônimas; lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, volume 3: artigos 206 a 300. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- PARENTE, Flavia. O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões; FILHO, Alfredo Lamy, Direito das Companhias, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_; FILHO, Alfredo Lamy, Direito das Companhias, Volume II, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- RIBEIRO, Renato Ventura. Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades. São Paulo: Quarter Latin, 2006.

QUATTRINI, Larissa Teixeira. Os Deveres dos Administradores de Sociedades Anônimas Abertas: Estudo de Casos. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Alexandre Couto. Direito Societário: Estudos sobre a Lei de Sociedade por Ações. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, Volume 2. São Paulo: Bushatsky, 1979.

VIVANTE, Cesare, Instituições de Direito Comercial; Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas – SP: LZN Editora, 2003.

WALD, Arnaldo. Do Regime Legal do Conselho de Administração e da Liberdade de Votos dos seus Componentes. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris, n. 43.



---

# *A DURAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE À PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA DE CARÁTER PERPÉTUO*

---

*Gabriel Ribeiro<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo tem como propósito o exame do problema da incompatibilidade entre a indeterminação do prazo de duração das medidas de segurança frente à proibição constitucional da pena de caráter perpétuo. Cumpre ressaltar que, as medidas de segurança são aplicadas como consequência jurídica a um fato de caráter penal aos inimputáveis e excepcionalmente aos semi-imputáveis, tendo como base legal o artigo 26 do Código Penal, que, em consonância com o artigo 97, parágrafo 1º, do mesmo Diploma, expressa categoricamente que este tipo de sanção deve perdurar até que se comprove mediante perícia médica a cessação da periculosidade do agente. Todavia, há de se observar que existem enfermidades mentais incuráveis, portanto, sua aplicação em casos como estes cercearia por toda vida a liberdade do agente a elas submetida. O marco sobre o qual irá sustentar o presente artigo, será o estudo dos princípios constitucionais norteadores do Direito Penal e a análise dos artigos 26 e 96 a 99 do Código Penal.

**Palavras-Chave:** medidas de segurança; pena de caráter perpétuo; princípios constitucionais; periculosidade.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como escopo apresentar alguns pontos relevantes acerca do instituto jurídico da medida de segurança no que tange os

---

<sup>1</sup>Bacharel em Direito e pós-graduando em Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM), Rio de Janeiro - RJ, aluno do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC).

aspectos do prazo de duração frente à proibição constitucional da pena de caráter perpétuo. A medida de segurança é aplicada como consequência jurídica a um fato de caráter penal aos inimputáveis e excepcionalmente aos semi-imputáveis, tendo como base legal o artigo 26 do Código Penal, que, em consonância com o artigo 97, parágrafo 1º, do mesmo Diploma, expressa categoricamente que este tipo de sanção deve perdurar até que se comprove mediante perícia médica a cessação da periculosidade do agente. Todavia, há de se observar que existem enfermidades mentais incuráveis, portanto, sua aplicação em casos como estes cercearia por toda vida a liberdade do agente a ela submetida.

Quando o artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal assevera que a sanção deve durar até que venha cessar a periculosidade do agente, aparentemente traz consigo uma ambígua interpretação de que poderá o agente ter sua liberdade cerceada *ad eterna* nos casos de enfermidade incuráveis, o que vem sugerir assim, uma pena de caráter perpétuo, o que é vedada pela Constituição da República.

Tal instituto traz consigo um conflito que será discutido ao longo desse artigo, exatamente pelo fato de o Código Penal não determinar o tempo de duração desse tipo de sanção penal aplicada ao caso concreto, motivo pelo qual doutrina e jurisprudência vêm discutindo sua forma de aplicação. O presente artigo utiliza como base legal os artigos 26 e 96 a 99 do Código Penal e alguns dos princípios constitucionais norteadores do Direito Penal.

## **2. ASPECTOS HISTÓRICOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

Não há como falar sobre os aspectos históricos do instituto em comento sem falar sobre o Código Filipino. Foi no Século XIX que as chamadas medidas de segurança tomaram o aspecto de natureza jurídica diversificada da que lhe era conferida. Com isso percebeu-se que a pena, na qualidade de sanção penal, não impedia o aumento da criminalidade, então se colocou em evidência a sua existência naqueles moldes e passou-se a refletir sobre uma nova forma de resposta jurídico-penal (DANTAS NETO, 2012, p. 13).

Ao que se tem conhecimento, a aplicação de medidas mais antigas aos doentes mentais se deram em Roma, com o fito de os tornarem

reclusos, impondo-lhes internações em casas de custódias, evitando assim que viessem oferecer perigo à sociedade e tornassem a cometer fatos criminosos (DANTAS NETO, 2012, p. 17).

Segundo FERRARI (2001, p. 16), as medidas de segurança, a princípio, somente eram aplicadas como meio preventivo às ações dos menores infratores, ébrios habituais ou vagabundos, constituindo, assim, um meio de defesa contra atos antissociais. O interessante é que para a aplicação das medidas não se exigia nem mesmo a prática de um delito, bastava tão somente que o destinatário representasse perigo para a sociedade.

Em se tratando da Legislação Brasileira, há de se observar que o Código Penal do Império e o Código Penal da República já vislumbravam acerca das medidas de segurança, e mais à frente, o Código Penal 1940 também abrigaria tal instituto. Posteriormente com o advento da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, sendo inserida no Código Penal, reformou toda a sua Parte Geral, em que no artigo 26 tem-se o ponto inicial das chamadas medidas de segurança. Tal instituto também fora inserido na Lei nº 7.210/84 conhecida como a Lei de Execução Penal. Com a publicação da Lei nº 10.216/2001, dispendo sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionou assim, um novo modelo assistencial em saúde mental, sendo esta uma das maiores inovações até o presente momento acerca do assunto em tela.

### **3. CONCEITO DE MEDIDA DE SEGURANÇA**

Conceituar institutos jurídicos nunca foi tarefa fácil dada as correntes doutrinárias que provocam sérias discussões e algumas divergências. Porém, consubstanciando os conceitos de alguns renomados juristas, teremos algumas definições que irão nortear o presente trabalho.

Nas lições de COSTA (2008, p. 758), é traçado um paralelo com propriedade acerca do conceito do instituto jurídico da medida de segurança comparado com o instituto da pena. Diz o autor que a medida de segurança é uma imposição devido à periculosidade do agente, enquanto a pena constitui-se uma consequência de sua culpabilidade: a medida de segurança é indeterminada ao passo que a pena é determinada: a medida de segurança é de cariz preventiva e a pena é de caráter repressivo.

Seguindo o conceito dos autores ZAFFARONI e PIERANGELI (2004, p. 809), o instituto da medida de segurança, do Código Penal, faz referência apenas aos inimputáveis (art. 26 *Caput*) e as pessoas que se encontram numa circunstância de culpabilidade reduzida. (art. 26, parágrafo único). E com isso asseveram que a medida de segurança não é de natureza penal pelo fato de não possuir cunho punitivo, porém é formalmente penal haja vista ser cominada e inspecionada pelos juízes penais.

No entendimento de MASSON (2012, p. 815), a medida de segurança é a modalidade de sanção penal com finalidade exclusivamente preventiva, e de caráter terapêutico, destinada a tratar inimputáveis e semi-imputáveis portadores de periculosidade, com o escopo de evitar a prática de futuras infrações penais.

Ao tratar do instituto da medida de segurança, em especial atenção aos aspectos da limitação temporal, KARAM (2002, p. 214), afirma que, não se pode fazer uma análise de forma isolada, pois o instituto está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A autora enfatiza a liberdade do indivíduo garantida pela Constituição da República de 1988, sobrepondo limitações ao poder de punição que detém o Estado, uma vez que o artigo 1º da Nova Carta Política determina que a República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos basilares a dignidade da pessoa humana e a liberdade como um dos direitos e garantias fundamentais.

#### **4. NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

O estudo da natureza jurídica do instituto em análise será apreciado do mesmo modo em que foi apresentado o seu conceito em linhas anteriores, tomando por base o argumento de alguns juristas, sem, contudo provocar desnecessárias discussões, uma vez que tema fomenta bastante divergência em nosso ordenamento jurídico.

Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 809) contribuem dizendo que “A natureza das chamadas “medidas de segurança”, ou simplesmente “medidas”, não é propriamente penal, por não possuírem um conteúdo punitivo, mas o são formalmente penais, pelo fato de serem impostas e controladas pelos juízes penais”.

Segundo FERRARI (2001, p. 76), “a medida de segurança criminal possui uma natureza monopolizadora do Poder Judiciário, configurando-se sua aplicação condicionada à necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade da medida terapêutica”.

No entendimento dos notáveis juristas acima citados, a medida de segurança é caracterizada como uma determinação em que o Estado impõe sobre a pessoa que no momento em que cometeu a infração penal era totalmente incapaz de compreender que tal fato era de cariz ilícita, sendo esta, administrada pelo Poder Judiciário. Embora a medida de segurança seja de cunho curativo, diferentemente do objetivo da pena. Para os autores, não deixa de ser um tipo de modalidade de sanção penal.

Já no entendimento de KARAM (2002, p. 217-218), as medidas de segurança não passam de formas mal disfarçadas de pena, pois elas consistem, como preveem as mencionadas regras dos artigos 96 a 99 do Código Penal, na sujeição obrigatória e por tempo indeterminado a tratamento médico (ambulatorial ou internação). Na concepção da autora, as medidas de segurança são incompatíveis com a Constituição da República, pois em seu entendimento o instituto fere vários rudimentos constitucionais, em especial o princípio dignidade da pessoa humana, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em seu artigo, “A reforma das medidas de segurança”, publicado na revista EMERJ, v. 15, n. 60 de 2012, p. 108-114, a professora Maria Lúcia Karam pontifica a incompatibilidade do instituto frente aos princípios constitucionais.

*[...] O tratamento de qualquer transtorno mental não é compatível com o caráter punitivo, que está indissoluvelmente ligado à sua determinação por parte de órgãos da justiça criminal. Não bastasse o comprometimento do tratamento – como esperar que um paciente confie e se abra com um terapeuta, que age, ao mesmo tempo, como uma espécie de informante? – sua integração ao sistema penal implica o rompimento com a ética que deve presidir as relações entre terapeuta e paciente.*

*[...] Medidas de segurança não estão a requerer reformas. Medidas de Segurança devem ser pura e simplesmente abolidas.*

Consubstanciando o entendimento de DANTAS NETO (2012, p.

15), logo se conclui que a medida de segurança é uma espécie do gênero sanção penal, que se subdivide em “pena” e “medida de segurança”, cada uma com finalidades diferentes, todavia, com resultados convergentes em dados momentos.

## **5. FINALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

Há de se considerar, em primeiro plano, que a finalidade das medidas de segurança é de caráter preventivo, pois, busca-se, com esse mecanismo a proteção pessoal do agente e o seu tratamento, já em segundo plano, tal mecanismo visa proteger a sociedade, uma vez que se tem como resultado a prevenção da ocorrência de novas supostas práticas de delitos pelo agente. Com o surgimento desse instituto fica claro que no mundo jurídico optou-se pelo isolamento desses indivíduos que não deveriam se submeter à outra espécie de sanção penal que seria a pena, pois assim não seria atingido o seu resultado esperado (DANTAS NETO, 2012, p. 27).

Conclui-se que, a finalidade das medidas de segurança deve atender a dois interesses principais que poderíamos neste artigo chamar de binômio tratamento e segurança. Enquanto o tratamento está para o agente que cometeu o suposto ato de caráter ilícito, a segurança está para a sociedade visando proteger seus indivíduos. Por conseguinte, estando ausentes os pressupostos que caracterizam a submissão do agente às medidas de segurança, não há que se falar nesta espécie de sanção penal, quais sejam: a prática de um fato típico e ilícito, a periculosidade do agente e a ausência de imputabilidade.

## **6. ESPÉCIES DE MEDIDA DE SEGURANÇA**

O Código Penal atual, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, foi instituído na vigência da Constituição de 1937. Com o transcurso do tempo, houve a necessidade de algumas mudanças. Dentre as mais expressivas, há de se destacar no presente trabalho a alteração redigida pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, no referido Diploma Legal, através da qual se fez a reforma da Parte Geral do Código Penal. Não se objetivou neste tópico, fazer comentários sobre tal lei, mas sim, tratar

especificamente do instituto em tela que foi inserido por esta lei e que se encontra no artigo 26 do Código Penal e complementado pelos artigos 96 a 99 do mesmo Diploma.

O artigo 96 do Código Penal preceitua o seguinte:

*Art. 96. As medidas de segurança são:*

*I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;*

*II - sujeição a tratamento ambulatorial.*

*Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.*

Já o artigo 97 do mesmo Código, na primeira parte, impõe ao julgador uma obrigação de fazer; porém, na segunda parte, o mesmo, fará juízo de valor para por em prática a lei. Vejamos:

*Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.*

À primeira vista, não se tem uma interpretação muito esclarecedora acerca dos artigos acima, mas quando no artigo 97 se faz menção ao artigo 26 do Código Penal, tem-se então o esclarecimento do contexto.

Assim preceitua o artigo 26 do Código Penal.

*Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

Feita então a leitura dos artigos que envolvem o instituto, conclui-se que as medidas de segurança estão destinadas apenas aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, tendo como base legal o artigo 26, que, em consonância com o artigo 97, parágrafo 1º, expressa categoricamente que este tipo de sanção deve perdurar até que se comprove, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade do agente.

O parágrafo 1º do artigo 97 do Código Penal preceitua acerca do prazo das medidas de segurança da seguinte forma:

*Art. 97 – (...).*

*§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.*

É dentro desse aspecto que se encontra uma das maiores divergências acerca das medidas de segurança, isto é, pelo fato da lei não estipular o termo final da submissão do agente ao instituto jurídico.

Neste mesmo diapasão, preceitua CAVALCANTE (2015, p. 2):

*Desse modo, pela redação literal do CP, a medida de segurança poderia durar por toda a vida do indivíduo já que, enquanto não ficasse provado que cessou a periculosidade, ele ainda teria que permanecer internado ou em tratamento ambulatorial.*

Todavia há de se observar que existem enfermidades mentais incuráveis, logo, a aplicação das mesmas em casos como estes cerceariam por toda vida a liberdade do agente a elas submetida, confrontando com a vedação constitucional das penas de caráter perpétuo registrada no artigo 5º inciso XLVII alínea «b» da Constituição da República.

Neste sentido, mediante tal divergência, o Supremo Tribunal Federal preocupado em dar uma resposta plausível à sociedade, firmou o seu entendimento através de vários julgados, afirmando que a medida de segurança deve e deverá obedecer a um prazo máximo de 30 anos, fazendo uma analogia ao art. 75 do Código Penal, com base na consideração da própria Constituição da República que veda as penas de caráter perpétuo.

Neste ponto de vista, segue um julgado do Supremo Tribunal de Federal. Vejamos.

*PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA MEDIDA, TODAVIA, NOS TERMOS DO ART. 75 DO CP. PERICULOSIDADE DO PACIENTE SUBSISTENTE. TRANSFERÊNCIA PARA HOSPITAL*

*PSIQUIÁTRICO, NOS TERMOS DA LEI 10.261 /01. WRIT CONCEDIDO EM PARTE.*

*I - Não há falar em extinção da punibilidade pela prescrição da medida de segurança uma vez que a internação do paciente interrompeu o curso do prazo prescricional (art. 117, V, do Código Penal ).*

*II - Esta Corte, todavia, já firmou entendimento no sentido de que o prazo máximo de duração da medida de segurança é o previsto no art. 75 do CP, ou seja, trinta anos. Precedente.*

*III - Laudo psicológico que, no entanto, reconheceu a permanência da periculosidade do paciente, embora atenuada, o que torna cabível, no caso, a imposição de medida terapêutica em hospital psiquiátrico próprio.*

*IV - Ordem concedida em parte para extinguir a medida de segurança, determinando-se a transferência do paciente para hospital psiquiátrico que disponha de estrutura adequada ao seu tratamento, nos termos da Lei 10.261 /01, sob a supervisão do Ministério Público e do órgão judicial competente.” (grifo nosso).<sup>2</sup>*

Conclui-se então que, consoante o artigo 96 Código Penal, existem duas espécies de medidas de segurança. A internação e o tratamento ambulatorial. A internação, também chamada de medida de segurança detentiva, representa uma forma de privação da liberdade do agente e consiste em sua internação em um hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Não havendo hospital de custódia, servirá para a internação do mesmo, outro estabelecimento adequado. Já o tratamento ambulatorial, também chamado de medida de segurança restritiva, o agente permanece livre, mas tem uma restrição em seu direito, qual seja, a obrigação de se submeter a tratamentos ambulatoriais que lhe forem impostos.

## **7. PRAZOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

Com relação aos prazos aplicáveis às medidas de segurança no caso concreto, temos o entendimento da súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “O tempo de duração da medida de

<sup>2</sup> Brasília. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº98. 360 – Rio Grande do Sul. 1ª Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Impetrante: Defensoria Pública da União. Órgão Coator: Superior Tribunal de Justiça - STJ. Paciente: Luiz Adolfo Worm. Data do Julgamento: 04/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso: 20 nov. 2015.

segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.” Muito embora o Código Penal em seu artigo 97, parágrafo 1º, não determinar o tempo de duração das medidas de segurança, assevera CAVALCANTE (2015, p. 3), que:

*A conclusão do STJ é baseada nos princípios da isonomia e proporcionalidade (proibição de excesso). Não se pode tratar de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável. Ora, se o imputável somente poderia ficar cumprindo a pena até o máximo previsto na lei para aquele tipo penal, é justo que essa mesma regra seja aplicada àquele que recebeu medida de segurança.*

Neste sentido, segue um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO. ART. 97, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PROVIDO.**

*1. Paciente preso em flagrante no dia 20/10/2010, por crime de lesão corporal cometido contra sua tia, sendo o flagrante homologado e convertido em prisão preventiva.*

*2. Prolatada sentença de absolvição imprópria, submetendo o réu ao cumprimento de medida de segurança por prazo indeterminado, foi interposta apelação, parcialmente provida, apenas para limitar o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança ao máximo de 30 anos, nos termos do art. 75 do Código Penal .*

***3. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que o limite máximo da duração da medida de segurança é o mesmo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, com base nos princípios da isonomia e da proporcionalidade.***

*4. Habeas corpus não conhecido. Writ concedido, de ofício, para, fixando o prazo máximo de 3 anos para a medida de segurança, declarar o término do seu cumprimento. (grifo nosso).<sup>3</sup>*

Observamos que o texto do julgado é enfático no que diz a súmula 527 – STJ, editada com base nos princípios constitucionais da isonomia e

---

<sup>3</sup> Brasília. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 269.377 - Alagoas. 6ª Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Alagoas. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Paciente: Paulo César dos Santos. Data do Julgamento: 02/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso: 20 nov. 2015.

da proporcionalidade. Muito embora a súmula disciplinadora tenha sido aprovada em 13 de maio de 2015 e publicada no dia 18 do mesmo mês, já há muito, o STJ vinha consubstanciando desse entendimento.

## **8. MEDIDAS DE SEGURANÇA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

A nova Carta Política, bem como já afirmamos, tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o firme alicerce da construção do Estado Democrático de Direito. Partindo dessa premissa, o presente tópico visa tratar o instituto em tela à luz de alguns dos princípios constitucionais norteadores do Direito Penal, demonstrando o quanto é essencial esta interpretação a fim de garantir sua aplicação no caso concreto.

### **8.1. Dignidade da Pessoa Humana**

A Constituição da República nos garante em seu artigo 1º, inciso III o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o fundamento garantidor dos demais princípios. Ele é a garantia de uma vida no mínimo digna ao ser humano que em sendo aplicada, por exemplo, uma sanção penal, evitar-se-á os exageros sem, contudo comprometer o fim a que se destina.

Ao ser cominada a medida de segurança ao agente que cometeu um delito, dever-se-á exigir à luz deste preceito que tal medida deverá ser aplicada cautelosamente guardando certo equilíbrio entre a gravidade do delito e a sanção, para que a mesma não vá além do necessário, descaracterizando sua principal finalidade que é a recuperação do agente. Tal princípio constitui-se um sistema de freios e contrapesos no nosso ordenamento jurídico impondo ao Estado um limite ao seu direito de punir.

KARAM (2002, p. 211-212), em seu artigo “Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade” corrobora com este trabalho da seguinte forma:

*A Constituição Federal de 1988 introduziu um preâmbulo, para afirmar, expressamente, que a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o*

*exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Acorde com tal preâmbulo, a regra do caput do artigo 1º da Carta logo estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo, dentre seus fundamentos, como apontado em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana.*

*[...] A concretização desta essência conduz a que a função maior do ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, consista na criação de limites ao exercício do poder estatal, de forma a assim assegurar os direitos e a dignidade dos indivíduos.*

*[...] Destas premissas decorre o princípio da prevalência da tutela da liberdade do indivíduo sobre o poder do Estado de punir, funcionando aquela tutela como limitação ao poder estatal.*

Isso afirma que na aplicação da medida de segurança, deve o Estado garantir um conjunto de elementos necessários e adequados através dos quais a principal finalidade seja atingida que é a recuperação do agente a ponto de ser novamente inserido ao meio social.

## **8.2. Legalidade**

O princípio da legalidade encontra amparo na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XXXIX, onde nos afirma que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” Este princípio é a garantia da proteção individual no Estado democrático de Direito onde ninguém poderá ser punido sem que haja uma lei prévia, escrita e estabelecida pelo Poder Legislativo definindo de fato o que é crime e sua respectiva punição para quem cometê-lo. Este princípio tem seu desdobramento no princípio da anterioridade da lei penal e no princípio da reserva legal. Porém, o princípio da legalidade a seu turno, também é aplicado às Medidas de Segurança dada sua relevância jurídica. Sendo este instituto uma espécie do gênero da sanção penal, logo, restará sujeita aos mesmos limites e exigências da anterioridade da lei penal e da reserva legal fazendo com que sejam reprimidos certos abusos na sua aplicação. Neste sentido, assevera DANTAS NETO (2012. p. 37), que é inadmissível descumprir o preceito da legalidade em um país que se descreve como

Estado Democrático de Direitos, sendo ainda mais gravoso quando o assunto versar sobre medidas penais aplicáveis a incapazes.

### 8.3. Igualdade

O princípio da igualdade é considerado a insígnia da democracia, deixando transparecer em sua essência um justo tratamento e igualitário para os cidadãos. É um dos princípios basilares de nossa Constituição da República e tem seu amparo no artigo 5º onde afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Este princípio está subdividido em igualdade formal e material. Enquanto a igualdade formal é a que está presente na Constituição, asseverando que “todos são iguais perante a lei”, quer seja homens, mulheres, jovens ou anciãos, a igualdade material é aquela em que cada qual receberá um tratamento de acordo sua situação. Sendo então situações iguais, o tratamento será igual, em se tratando de situações diferentes é essencial que se dê um tratamento alternado. Sempre que houver aplicação das medidas de segurança, este princípio deverá ser invocado ao caso concreto para que não haja violações de direitos.

Em sábias palavras, DANTAS NETO (2012, p. 37), assim descreve:

*Inadmissível é aplicar uma medida mais gravosa a um desigual, sem atentar para sua condição de incapacidade de entender as consequências jurídicas dos seus atos. Os doentes mentais e os de culpabilidade diminuída são detentores dos mesmos direitos individuais dos imputáveis, e é inconcebível que a doença mental destes indivíduos sirva de fundamento para justificar a discriminação atentatória aos ditames constitucionais.*

*[...] Patente se mostra a discriminação quando se tem como exemplo dois indivíduos um capaz e outro incapaz praticando a mesma conduta em locais e horas distintos contra vítimas de condições idênticas, enquanto o capaz terá uma pena determinada o incapaz mesmo sem entender o caráter ilícito do seu ato se submeterá por tempo indeterminado a uma medida de segurança.*

Seguindo esse mesmo raciocínio, o autor acima citado, apresenta o seguinte exemplo: Digamos que, se um agente capaz comete um crime

hediondo e um incapaz comete um crime contra o patrimônio, como por exemplo, a receptação que é punida com reclusão, o doente mental será submetido a uma medida de segurança de internação por tempo indeterminado, ainda que não tenha praticado qualquer ato de violência já que sua periculosidade é presumida. Por outro lado o agente capaz por sua vez poderia praticar vários crimes hediondos, tendo este a absoluta certeza de que sua pena jamais passaria de 30 anos (DANTAS NETO, 2012, p. 37). Em suma, tendo as medidas de segurança seu prazo de duração em caráter indeterminado, logo é possível notar a afronta ao princípio da isonomia.

## **9. O CARÁTER INDETERMINADO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA**

A Constituição da República, no artigo 5º, XLVII, b, dispõe que “não haverá penas de caráter perpétuo”. Porém o Código Penal, de forma desarmônica com a Carta Magna, prescreve em seu artigo 96 e seguintes acerca da aplicação das medidas de segurança, dando a entender aparentemente, que, o agente uma vez submetido a elas, terá sua liberdade cerceada *ad eterna* nos casos de enfermidade incuráveis, o que vem sugerir, assim, uma pena de caráter perpétuo, algo que é vedada pela Constituição Cidadã.

Segundo o entendimento de Vinicius de Toledo Piza Peluso, consubstanciado por DANTAS NETO (2012, p. 37), alguns sustentam, que o legislador constituinte ao referir que “não haverá penas de caráter perpétuo”, estaria se referindo somente “as penas”, logo as medidas de segurança não estariam inclusas neste rol, motivo pelo qual o seu prazo de caráter indeterminado não seria de modo algum hipótese de afronta à Nova Carta Política. Ao ser feita uma interpretação teleológica e sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, de pronto se conclui que o legislador constituinte foi infeliz utilizando o termo “penas” quando o mais sensato seria utilizar o termo “sanção penal” que por sua vez é gênero das espécie pena e medida de segurança. Neste caso a interpretação do artigo em comento se daria pelo gênero e não por uma de suas espécies.

Com o fito de abrandar as discussões acerca do caso, no dia 13 de maio de 2015, o Superior Tribunal de Justiça ratificando seu posicionamento, editou a súmula 527 e foi publicada no dia 18 do mesmo mês, prescrevendo

que “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

## 10. ANÁLISE CONCERNENTE ÀS SOLUÇÕES MAIS CABÍVEIS PARA O CASO

Segundo o entendimento de Karam (2012, p. 113), as soluções mais cabíveis para os casos em que se impõem as disfarçadas penas denominadas de Medidas de segurança, uma vez que se reconhece a inimputabilidade do agente e conseqüentemente a inexistência do crime cometido por ausência do fator culpabilidade, deve-se de pronto, decretar a absolvição do réu e exaurir então toda e qualquer atuação do juízo criminal. Defende a autora em seu artigo “Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade” (2002, p. 222), a ideia de que a intervenção do Poder Judiciário nestes casos deveria ser tão somente no juízo Cível “destinando-se unicamente a controlar a legalidade de eventuais restrições à prática de atos da vida civil, como em hipóteses de pedidos de interdição”.

Nesse sentido, CAVALCANTE (2015, p. 3) apresenta um valioso exemplo demonstrando a possibilidade de desinternar um agente que já tenha cumprido o prazo máximo da medida de segurança e continua com o grau de periculosidade ainda alto.

*Imagine que determinado agente está cumprindo medida de segurança e se atingiu o máximo do tempo permitido para cumprimento (30 anos, para o STF; máximo da pena, para o STJ). A perícia médica, contudo, indica que o agente continua com alto grau de periculosidade. O juiz, mesmo assim, terá que desinterná-lo. Existe alguma medida que poderá ser proposta pelo Ministério Público no caso?*

*SIM. Neste caso, o Ministério Público ou os próprios familiares do agente poderão propor ação civil de interdição em face desse agente, cumulada com pedido de internação psiquiátrica compulsória.*

Neste caso, segundo as lições de CAVALCANTE (2015, p. 3), o Ministério Público tem a possibilidade de peticionar ao Poder Judiciário para que venha

decretar a interdição civil do agente pelo fato dos transtornos mentais de natureza grave com fulcro nos art. 1.767, I, c/c art. 1.769, I, do Código Civil.

*Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:*

*I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;*

*Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição*

*I - em caso de doença mental grave;*

Nesta mesma ação, o Ministério Público, além do pedido de interdição do agente, irá postular uma internação compulsória com fulcro no artigo 6º da Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

*Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.*

*Parágrafo único.*

*São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:*

*I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;*

*II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e*

*III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.*

O Ministério Público, querendo, ainda poderá mencionar o art. 1.777 do Código Civil para embasar as suas alegações.

*Art. 1.777. Os interditos referidos nos incisos I, III e IV do art. 1.767 serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico.*

## **11. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O artigo ora apresentado, não teve por escopo esgotar todo o assunto referente ao instituto jurídico das medidas de segurança, visto ser o mesmo bastante abrangente e de questões divergentes tanto na doutrina quanto na

jurisprudência. Ao apresentar o tema “A duração da medida de segurança frente à proibição constitucional da pena de caráter perpétuo” se propôs um estudo sobre alguns pontos relevantes do instituto tais como alguns dos princípios constitucionais norteadores do Direito Penal, a análise dos artigos 26 e 96 a 99 do Código Penal, sua aplicabilidade, a apresentação de suas espécies, uma breve apresentação sob a ótica do aspecto histórico, discussão dos prazos a serem aplicados e tentando demonstrar através de uma busca bibliográfica, documental e jurisprudencial possíveis soluções mais cabíveis para o caso.

Cumpra-se ressaltar que, o tema proposto, é assunto para acaloradas discussões acadêmicas, sobretudo, nos dois tribunais de maior relevância jurídica do nosso país, quais sejam, o STJ e o STF, a ponto de divergirem entre si conforme jurisprudências demonstradas.

As análises que aqui foram feitas visam contribuir de alguma forma com a reintegração social daquelas pessoas que foram ou estão sendo submetidas às medidas de segurança, e cooperar com o conhecimento jurídico do leitor, trazendo esclarecimentos, enriquecimento de seus estudos e quem sabe, fomentar alguns debates concernentes aos tópicos que foram aqui apresentados.

**Abstract:** The current article has as its goal examining the problem regarding the incompatibility between the indetermination of the duration length of the security measures and the constitutional prohibition of life penalties. We must highlight that the security measures are applied as a legal consequence of a criminal act to the inimputable (and exceptionally, to the demi-imputable), having as its legal basis the article 26 of the Brazilian Criminal Code which, in consonance with the article 97, paragraph 1<sup>st</sup>, of the same code strongly expresses that this kind of sanction must endure until a medical examination proves the agent's lack of dangerousness. However, we must observe that there are incurable mental illnesses. Therefore, the implementation of security measures in cases like these could withdraw the agent of the society for his entire life. The north for this article will be the study of constitutional principles regarding Criminal Law and the analysis of the articles 26 and 96 to 99 of the Criminal Code.

**Keywords:** security measures; life penalty ; Constitutional principles; dangerousness.

## 12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 27 mai. 2015.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 10.216/01, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. Disponível em:<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo\\_visualizacao=RESUMO&menu=SIM](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM)>. Acesso em: 25 mai. 2015.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 1.
- CARVALHO. Salo de; WEIGERT. Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: Reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, n. 48 p. 55-90, jan /mar 2013.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito Penal / Processual Penal – Súmula 527-STJ. Dizer o Direito. 2015. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2015/05/sc3bamula-527-stj.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- \_\_\_\_\_. Reflexões iniciais sobre os impactos da lei 10.216/01 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. Revista Responsabilidades, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 285-301, set. 2012/fev. 2013.
- CIA, Michele. Medidas de Segurança do Direito Penal Brasileiro: A desinternação progressiva sob uma perspectiva político-criminal. São Paulo. UNESP, 2011.
- COSTA, Álvaro Mayrink. Direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DANTAS NETO, José Airton. Aspecto temporal da medida de segurança e a vedação a prisão perpétua (limite da pena no brasil). Missão Velha. 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id\\_dh=8499](http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=8499)>. Acesso em: 20 out. 2015.
- FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. Os pressupostos jurídicos para aplicação da medida de segurança: O Direito Penal e a pessoa com transtorno mental. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=Revista\\_artigos\\_Leitura&artigo\\_id=8730](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=Revista_artigos_Leitura&artigo_id=8730)>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalheite. 34 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GOMES, Magno Federici. FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_Artigos\\_leitura&artigo\\_id=7291](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_Artigos_leitura&artigo_id=7291)>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006.
- KARAM, Maria Lúcia. Punição do enfermo mental e violação da dignidade. Revista Verve, São Paulo, PUC-São Paulo, v. 2, p. 210-224, 2002.
- \_\_\_\_\_. As reformas das Medidas de Segurança. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 108-114, out./dez. 2012.
- LOPES, Amanda. A loucura no Cárcere. Revista Tribuna do Advogado, OAB/RJ, Rio de Janeiro, Ano LXIV, n. 546, p. 14-17, mar. 2015.
- MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado. São Paulo: Método, 2012.
- MOURA, Nayara Oliveira de. A Lei de Execução Penal (7.210 de 1984). 2012. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7912](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7912)>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1. Doutrina e jurisprudência/Fernando de Almeida Pedroso. – São Paulo: Método, 2008;
- PFDC - Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da Lei nº 10.216/01. Brasília: MPF, 2011.
- SOUZA, João Vitor Moreira de. A Efetividade da Medida de Segurança no Brasil. Barbacena. 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-68ac5eb6d80ac6afe6448f57156f084a.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.



---

# *JURISDIÇÃO E PROCESSO À LUZ DO “RISCO BRASIL”*

---

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama - Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2013-2015), Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro), Diretor Geral do Centro Cultural Justiça Federal*

## **CONEXÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA**

Na realidade do mundo contemporâneo cada vez mais se acentua a constatação acerca das várias conexões existentes entre Direito e Economia a partir de campos de visão relativos à necessária interdisciplinariedade na sociedade globalizada, complexa e recheada de várias nuances no tratamento das questões que rodeiam a prática e a teoria de economistas e juristas. A visão segundo a qual a concepção da vida econômica é resultante automática das atividades dos sujeitos jurídicos (e econômicos), com efeito, se revelou insuficiente para o atendimento das necessidades e anseios das pessoas que convivem na sociedade civil do século XX (e, conseqüentemente, do século XXI) e, por isso, há vários estudos nacionais e estrangeiros envolvendo as diversas e cada vez maiores conexões entre os fenômenos jurídicos e econômicos.

O desenvolvimento de pesquisas a respeito destas correlações entre Direito e Economia não é recente, como demonstra inclusive a premiação do Nobel conferida a Ronald Coase em 1991, mas sem dúvida o assunto ainda se revela bastante atual. O movimento “Direito e Desenvolvimento” se revela uma das vertentes da relação entre Direito e Economia e tem

como arcabouço teórico a doutrina da Nova Economia Institucional. Referida doutrina sustenta que os custos de transação são diretamente afetados pelas regras vigentes em determinado país e pela maneira como as instituições atuam no ambiente onde as transações são efetivadas.

Consoante as bases teóricas da Nova Economia Institucional, além das restrições tradicionalmente consideradas, as instituições também influem na atratividade e interesse no desenvolvimento das atividades econômicas e, assim, formam uma base para guiar as decisões dos agentes. Desse modo, instituições eficazes propiciam o desenvolvimento econômico, eis que seu grau de funcionamento e maior (ou menor) eficácia dos mecanismos e concretização das decisões têm a aptidão de afetar positiva ou negativamente os “custos da transação” que, por sua vez, são determinantes críticos do desempenho econômico (CORRÊA, 2014, p. 136).

Um dos valores essenciais para o bom funcionamento do sistema social e econômico é a segurança jurídica, especialmente devido à complexidade da vida econômica contemporânea, notabilizada pela globalização, com milhões de negócios e transações realizadas em cada vez menor espaço de tempo, a exigir boas regras que regulem tais relações, sejam as simétricas (e paritárias), sejam as assimétricas (e não paritárias), envolvendo também poderosos e governantes (MONTORO FILHO, 2008, p. xi).

O mercado não tem aptidão para fornecer a segurança jurídica para a sociedade civil. De todo modo, a eficiência do sistema econômico exige a presença e efetividade da segurança jurídica. Normalmente, são apontados como requisitos para o bom funcionamento de uma economia de mercado: i) o respeito e garantia do direito de propriedade; ii) o cumprimento dos contratos; iii) a presença de mecanismos isentos de resolução das pendências (conflitos de interesses). A segurança jurídica é, há muito tempo, reputada como base e pilar do Estado Democrático de Direito, mas também recentemente passou a ser encarada fundamental para o bom funcionamento da economia de mercado (MONTORO FILHO, 2008, p. 8).

É certo que a aspiração pela segurança jurídica na atualidade decorre precisamente da existência de custos de transação. O Direito precisa organizar a celebração e o desenvolvimento dos negócios de modo que seus efeitos sejam os mais claros e efetivos, prevenindo fracassos

transacionais. Na visão puramente econômica, o papel do Direito deve ser tal que permita estruturar e ordenar as transações de modo a minimizar os custos das transações. No caso brasileiro, considera-se que tais custos têm sido elevados, pois o país tanto perde na perspectiva da formalidade com uma máquina burocrática ineficiente, quanto perde no âmbito da informalidade devido à incerteza dos efeitos dela decorrentes. Assim, a insegurança jurídica atua nas duas vertentes e, por isso, repercute ao impedir o desenvolvimento econômico da nação.

A segurança jurídica é muito importante para o bom funcionamento da vida econômica, não apenas na dimensão relacionada à estabilidade dos efeitos das transações realizadas – de modo a prevenir modificações arbitrárias e inconsequentes acerca da sua eficácia -, mas também quanto aos projetos que ainda sequer se transformaram em atitudes concretas. A avaliação do agente econômico quanto ao maior grau de certeza dos efeitos concretos das negociações é também aspecto importante para identificar o maior grau de segurança jurídica existente em determinada sociedade. Nos países ocidentais a maior eficiência dos tribunais, a maior previsibilidade quanto aos efeitos das normas legais, o funcionamento de um sistema de justiça imparcial, entre outros, são considerados fatores vitais para o desenvolvimento de uma sociedade caracterizada pela segurança jurídica e pela justiça nas suas relações. Ao revés, a insegurança jurídica gera a instabilidade e a falta de previsibilidade das relações jurídicas e econômicas, a influenciar decisivamente no aumento dos custos das transações.

Tradicionalmente são feitas críticas ao Poder Judiciário e à magistratura brasileira, sob a expressão da existência do “risco judicial”, podendo ser sintetizadas nas seguintes: i) politização excessiva dos juízes e tribunais, o que denotaria ausência de imparcialidade (viés anti-credor); ii) imprevisibilidade da decisão judicial; iii) morosidade do sistema de justiça (CORRÊA, 2014, p. 76). Desse modo, os magistrados somente tendem a agravar as deficiências a pretexto de tentar resolvê-las através das decisões judiciais, como ocorreu no julgamento sobre a impenhorabilidade do bem residencial do fiador à luz da suposta inconstitucionalidade de regra da Lei n. 8.009/90, o que gerou pronta reação do mercado locatício a ponto de poucos proprietários de imóveis se disporem a locar seus imóveis se não houvesse um fiador como proprietário de, ao menos, dois imóveis.

Tal julgado gerou uma retração do mercado que, por sua vez, impôs uma revisão da interpretação jurídica de modo a reconhecer a penhorabilidade do bem residencial do fiador para regularizar o mercado quanto à oferta de imóveis para locação.

A respeito da primeira crítica – “politização excessiva” dos magistrados -, o que caracterizaria certo “paternalismo judicial”, é fundamental fazer o esclarecimento de que no mundo ocidental contemporâneo há um movimento voltado à concretização dos valores sociais e coletivos à luz do constitucionalismo pós-moderno (CORRÊA, 2014, p. 82). Os textos de várias Constituições de países democráticos e republicanos incorporaram direitos de segunda, terceira e quarta gerações voltados às técnicas de proteção social no âmbito das relações de trabalho, das transações consumeristas, das questões ambientais e biotecnológicas relacionadas ao desenvolvimento sustentável. A politização do Poder Judiciário é fenômeno mundial, e portanto não faz parte de uma realidade exclusivamente brasileira. Até em razão da maior complexidade das relações e transações contemporâneas, o magistrado e o Poder Judiciário não podem apenas considerar a norma escrita positivada na lei como única fonte de onde buscará a solução do caso concreto. A pluralidade de fontes normativas e a textura aberta dos textos se revelam características de uma normatividade sintonizada com as transformações operadas na sociedade, na economia, na política e na cultura.

Outro fenômeno atual é a massificação dos litígios quando se identifica que os maiores litigantes nos processos judiciais, conforme listas periodicamente divulgadas pelos órgãos do Poder Judiciário e instituições de pesquisa, são pessoas jurídicas de direito público – tais como a União Federal, os Estados, os Municípios, suas autarquias e empresas públicas -, além de empresas fornecedoras e prestadoras de bens e serviços de consumo de massa – empresas de telefonia, operadoras de planos de saúde, empresas fornecedoras de serviços de utilidade pública, entre outras. Sob tal aspecto, é fundamental a identificação a respeito das práticas abusivas do Poder Público e de empresas que, valendo-se de imposições ou transações manifestamente abusivas, se valem de expedientes e ardis para “judicializar” milhares – em alguns casos até milhões – de demandas, na perspectiva de “valer à pena” agir em contrariedade ao

sistema jurídico no cômputo final do “custo/benefício” da tais práticas. Na pesquisa intitulada “Perfil das maiores demandas judiciais no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”, constatou-se que 16 (dezesesseis) empresas – maiores litigantes – figuraram como requeridas em processos judiciais relacionados aos segmentos bancário, de telefonia, de serviços públicos, de administração de cartões de crédito, totalizando 45% (quarenta e cinco por cento) do total de processos no período de 2002 a 2004. De acordo com as conclusões da pesquisa, as estratégias negativas quanto ao cumprimento das obrigações de tais empresas se basearam na constatação de que os custos decorrentes do sistema de justiça eram mais vantajosos do que promoverem a alteração da política de tratamento ao consumidor, eis que pequena parcela deste grupo efetivamente reclamava seus direitos, e quando o fazia, o tempo de duração do processo e a resposta final eram benéficas a elas (LEAL, 2010, p. 55).

A segunda crítica – a respeito da imprevisibilidade (“incerteza jurisdicional”) das decisões judiciais – atribui aos magistrados certa responsabilidade pela ausência de um mercado de crédito de longo prazo no Brasil em razão da incerteza vinculada ao cumprimento “tardio” dos contratos na atividade jurisdicional. Contudo, tal incerteza não pode ser imputada exclusivamente à atividade jurisdicional, mas também a outros riscos inerentes à atuação dos outros poderes da República, tais como exemplificativamente a edição de pacotes econômicos “milagrosos”, alterando aspectos importantes como os critérios de atualização monetária, interferindo negativamente nas transações negociais nos períodos anterior e concomitante à execução negocial.

A terceira e a mais contundente crítica – vinculada à morosidade do sistema de justiça – vem normalmente associada à ideia de que a demora na solução do caso incentiva condutas abusivas e oportunistas de agentes econômicos que se aproveitam da pequena probabilidade de uma sanção imediata e adequada através do sistema de justiça, diminuem a liquidez das garantias contratualmente estabelecidas, permitem alterações das posições de mercado e fomentam o uso da máquina judiciária para que os devedores posterguem ao máximo o cumprimento de suas obrigações, em algumas vezes deixando de cumpri-las na prática por manobras jurídicas como no caso da prescrição. Das três, a morosidade é a crítica que mais

envolve as causas ligadas à estrutura e ao funcionamento do sistema de justiça, a despeito de também se relacionar a fatores externos ao Poder Judiciário e à magistratura, tais como leis permissivas ao alongamento das demandas judiciais com inúmeros recursos judiciais, prazos longos para a prática de atos processuais pelos representantes judiciais dos entes da Federação, entre outros.

Todas as críticas se revelam importantes para, ao menos, admitir que há necessidade de maiores aprofundamentos e realização de debates e pesquisas sobre o tema e, assim, permitir a realização de diagnóstico mais preciso sobre o real funcionamento do sistema de justiça e, em seguida, ensejar a elaboração de planejamento adequado e efetivo para a busca do equacionamento dos problemas identificados.

## **2. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: DEZ ANOS DE EXISTÊNCIA**

O Poder Judiciário nacional e a magistratura brasileira, no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, necessitavam de um órgão que pudesse centralizar a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao sistema de justiça e que não dependesse da interferência dos Poderes Executivo e Legislativo brasileiros, diante do quadro cada vez mais preocupante da massificação, da maior complexidade e da ampla diversidade de demandas levadas ao conhecimento dos órgãos do Poder Judiciário. Além de tais aspectos, no período anterior a 2004, houve certa “leniência” do Poder Judiciário com seus integrantes a ensejar a formação de uma “percepção da sociedade” de que os magistrados seriam “deuses inatingíveis”.

Entre as ondas do Direito Processual relacionadas ao acesso à justiça alcançou-se o momento da busca de atingimento da maior eficiência da atividade jurisdicional e, simultaneamente, do caminho da efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos na perspectiva de sua concretização na realidade dos fatos. Entre as alternativas para buscar soluções aos problemas identificados na realidade do sistema de justiça, o Poder Constituinte Derivado brasileiro optou pela criação de um órgão central que pudesse desenvolver políticas públicas voltadas ao aperfeiçoamento do funcionamento da máquina judiciária e do sistema de

justiça como um todo, e o fez através da previsão do Conselho Nacional de Justiça instituído pela Emenda Constitucional n. 45/2004 que introduziu novas normas na Constituição Federal de 1988. O Conselho Nacional de Justiça passou a ser um órgão de controle e fiscalização do Poder Judiciário brasileiro, instituído no âmbito da denominada Reforma do Judiciário, sendo que o rol de suas atribuições encontra-se previsto no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal. A criação do Conselho Nacional de Justiça veio no bojo do movimento ligado à Nova Economia Institucional, porquanto vinculado à noção de aperfeiçoamento das instituições ligadas ao Poder Judiciário brasileiro e à carreira da magistratura nacional.

Após o decurso de dez anos do início de seu funcionamento, o Conselho Nacional de Justiça se consolidou como órgão fundamental e necessário na estrutura do Poder Judiciário brasileiro e no funcionamento do sistema de justiça, sendo várias as conquistas obtidas durante o período de tempo assinalado, como se constata, exemplificativamente, nos temas relacionados à concretização dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (CF, art. 37), aplicáveis ao Poder Judiciário e aos magistrados como ocupantes de cargos públicos, à realização de concursos para preenchimento das vagas dos Cartórios de Registros e de Notas em todos os Estados da Federação brasileira, ao monitoramento e fiscalização do sistema de execução penal e do sistema das medidas socioeducativas dos adolescentes em conflito com a lei, à modernização do processo com a implantação do processo judicial eletrônico e outros instrumentos tecnológicos para imprimir maior celeridade à solução dos litígios ou à sua prevenção, à melhoria do funcionamento do sistema de precatórios, ao estímulo aos métodos e técnicas consensuais de solução de conflitos, entre outros assuntos já tratados e desenvolvidos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

Ultrapassada a fase inicial de questionamento a respeito da constitucionalidade das normas introduzidas pela Emenda à Constituição n. 45/04 na Constituição Federal de 1988 a respeito da criação do Conselho Nacional de Justiça – debatida e decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367-1/DF -, da sua atuação no âmbito do controle administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário e da magistratura – e, portanto, sem atividade

jurisdicional -, de que o Supremo Tribunal Federal não é instância revisora das deliberações do CNJ, especialmente quando não altera ou revê os atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, de que o CNJ pode editar atos normativos primários e, por isso, serem suscetíveis de controle de constitucionalidade em Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo STF e da atuação originária ou concorrente da Corregedoria Nacional de Justiça no exercício do poder disciplinar sobre magistrados, entre outros temas já apreciados na mais alta Corte brasileira, certo é que a atuação do Conselho Nacional de Justiça tem servido para cada vez mais fazer implementar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública brasileira no âmbito do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, se revelar órgão centralizador de movimento de reforma das instituições judiciárias com o maior profissionalismo e eficiência no exercício da atividade jurisdicional.

Com base na Constituição Federal, são várias as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, sendo que sua principal missão é garantir a independência do Poder Judiciário. Nos termos do art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal, compete ao CNJ exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário e o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, tendo atribuições de planejamento, de controle administrativo, de ouvidoria, correicionais, disciplinares e sancionatórias, e de informação e proposição. O CNJ atua sob a perspectiva de “*macro-processos*”, em consideração às suas linhas de atuação e, assim: a) julga processos disciplinares e realiza o controle dos atos administrativos do Poder Judiciário; b) expede atos normativos que implementam os princípios da Administração Pública no Poder Judiciário; c) promove estudos e diagnósticos sobre o sistema de justiça; d) promove a comunicação institucional e a interlocução entre os órgãos do Poder Judiciário; e) contribui para o aperfeiçoamento dos recursos humanos do Poder Judiciário; f) gere a estratégia nacional do Poder Judiciário; g) promove iniciativas de modernização do Poder Judiciário; h) promove ações de acesso à justiça e à cidadania; i) realiza controle orçamentário, financeiro e de pessoal do Poder Judiciário; j) realiza correições, inspeções e sindicâncias em órgãos do Poder Judiciário; k) acompanha e fiscaliza o sistema carcerário e de execução de penas alternativas.

Há comando constitucional no sentido de o CNJ adotar medidas destinadas a zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. O CNJ foi concebido para reformular o quadro do Poder Judiciário e da magistratura brasileira, especialmente no que tange ao controle e à transparência administrativa e processual. Devido à busca de efetivação de garantir a autonomia do Poder Judiciário, o CNJ deve atuar como gestor estratégico dos recursos administrativos, humanos, logísticos e financeiros do Poder Judiciário e, assim, desenvolver o planejamento estratégico com identificação dos planos de metas e medidas para incrementar a eficiência, racionalizar rotinas e práticas, aumentar a produtividade do sistema de justiça e efetivar o maior acesso à justiça. De modo a cumprir suas atribuições, o CNJ promove estudos e pesquisas para reunir e consolidar informações e dados sobre os diferentes ramos do Poder Judiciário, as diversas instâncias da jurisdição e, assim, consegue identificar deficiências gerais e/ou específicas dos órgãos do Poder Judiciário, os pontos de maior estrangulamento, as sobrecargas e os desperdícios de tempo, recursos humanos e disponibilidades materiais. Nesse mister, o CNJ deve utilizar os mecanismos necessários para impedir qualquer tipo de ingerência indevida ou cooptação neutralizante do exercício da atividade jurisdicional quanto à atuação imparcial dos magistrados para tutelar direitos e promover garantias aos jurisdicionados.

O poder regulamentar do CNJ envolve a disciplina interna do funcionamento de suas atividades (art. 5º, § 2º, da EC n. 45/04) – inclusive quanto à aprovação e alteração de seu Regimento Interno – e o detalhamento da execução das normas constantes do Estatuto da Magistratura, não podendo, contudo, inovar na ordem jurídica. A fonte do poder regulamentar do CNJ é a Constituição Federal, sendo que é possível norma infraconstitucional também assim atuar, como no exemplo da Lei n. 12.106/09, que criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e que prevê a fiscalização do cumprimento das resoluções e recomendações do CNJ quanto às prisões provisórias e definitivas, medidas de segurança e medidas de internação de adolescentes (art. 1º § 1º, I). O CNJ atua “além do poder regulamentar”, pois consoante julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, tal órgão tem a competência implícita de elaborar e impor atos normativos com os atributos da generalidade,

impessoalidade e abstratividade, relativamente às matérias de sua competência expressamente prevista constitucionalmente. Reconheceu-se ao CNJ o poder de editar normas abstratas que podem até prevalecer sobre normas anteriormente editadas pelo Poder Legislativo.

No campo das “atribuições mandamentais”, cabe ao CNJ recomendar providências aos tribunais e demais órgãos jurisdicionais e, assim, ordenar medidas de ordem administrativa para os integrantes do Poder Judiciário, podendo estabelecer sanções cabíveis para a eventualidade do descumprimento de tais ordens por parte da autoridade judiciária competente. No seu âmbito interno, o CNJ exerce sua própria administração e gestão e, desse modo, tem o poder de elaborar seu regimento interno, editar suas portarias e ordens de serviço, prover os cargos necessários à sua administração, realizar as promoções funcionais, entre outras providências inerentes à “economia interna”.

No segmento das atribuições de controle administrativo e financeiro, o CNJ deve zelar para que os órgãos do Poder Judiciário e os serviços registrais e notariais observem os princípios insculpidos no art. 37, da Constituição Federal. O CNJ é instância de controle da juridicidade dos atos administrativos realizados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, desde que o faça dentro do prazo de 5 (cinco) anos e, assim, poderá desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que sejam adotadas as medidas e providências necessárias ao exato cumprimento do ordenamento jurídico a respeito de tais atos administrativos.

O CNJ também desenvolve atribuições de Ouvidoria do Poder Judiciário e, assim, qualquer pessoa ou autoridade pública pode representar ao CNJ contra os magistrados, servidores, registradores, notários ou órgãos do Poder Judiciário, em razão de atos ou atividades que eles praticaram ou desenvolveram e que não se encaixam no perfil das ações e atividades que tais pessoas ou órgãos deveriam realizar. Dentre as atribuições correicionais e disciplinares, o CNJ pode realizar inspeções, correições e visitas institucionais a tribunais, órgãos do Poder Judiciário de qualquer instância (ressalvado o STF) e, em constatando possível falta funcional de qualquer magistrado poderá instaurar sindicâncias e processos administrativos disciplinares para o fim de apuração dos fatos e, se for o caso, aplicação das sanções cabíveis.

Finalmente, no âmbito das atribuições informativa e propositiva, cabe ao CNJ elaborar e apresentar dois tipos de relatórios: a) semestral, que reúne os dados estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes ramos e órgãos do Poder Judiciário; b) anual, que congrega a situação do Poder Judiciário brasileiro e as atividades desenvolvidas pelo CNJ, que deverá integrar a mensagem do Presidente do STF e ser remetida ao Congresso Nacional. Em razão dos dados estatísticos revelarem números muito significativos, é importante o emprego de metodologia uniforme para todos os tribunais e juízos brasileiros, inclusive quanto à identificação das várias espécies de demandas judiciais e aos atos processuais decisórios.

A principal missão do CNJ é a de contribuir para que a atividade jurisdicional seja desenvolvida com moralidade, transparência, eficiência e efetividade, em prol da sociedade civil e do Estado brasileiro. As diretrizes traçadas para atuação do CNJ envolvem o planejamento estratégico e a proposição de políticas judiciárias, a modernização tecnológica do Poder Judiciário, a ampliação do acesso à justiça, da pacificação e da responsabilidade social, a garantia do efetivo respeito às liberdades públicas e às garantias penais e processuais penais. E, porque não, o CNJ tem importante atuação na construção de um sistema de justiça mais transparente, ágil e eficiente, o que certamente contribui decisivamente para a redução dos custos da transação.

### **3. RENOVAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

No mundo em geral há alguns anos vem se realizando debate a respeito da necessária renovação do processo e da jurisdição, eis que uma justiça fechada, isolada ou corporativa, não se coaduna com os postulados de uma sociedade pluralista, na qual os cidadãos participam efetivamente e escolhem os rumos do regime democrático. O tema do acesso à justiça vem recebendo contornos mais seguros e concretos de modo ser tratado como “o mais básico dos direitos humanos”, na busca de se alcançar um sistema judicial moderno, ágil, transparente, eficiente e igualitário que busque dar concretude e efetividade, e não apenas proclame os direitos das pessoas físicas e jurídicas.

A demora na solução efetiva do litígio gera um aumento dos custos para as partes litigantes. E, normalmente em uma perspectiva, acaba por pressionar e constringer as pessoas mais vulneráveis sob a perspectiva social e econômica a “aceitarem” acordos bastante distantes do real bem jurídico que teriam direito a receber como resposta jurisdicional. Em outra dimensão, a morosidade contribui e estimula o aproveitamento da demora pelo devedor quanto ao alongamento do pagamento efetivo de sua dívida, à redução das garantias patrimoniais e pessoais, entre outros efeitos perversos. Conforme sustentou o jurista Mauro Cappelletti, entre as ondas de acesso à justiça, a terceira é aquela que não recebe o novo e provoca modificações estruturais no Poder Judiciário, no processo e no procedimento de modo a rumarem em direção à celeridade, eficiência e, por via de consequência, à melhor prestação jurisdicional.

O Direito Processual Civil já passou por algumas fases no seu desenvolvimento como segmento da Ciência do Direito, tendo atingido a fase instrumentalista cuja finalidade é descobrir meios e mecanismos de melhoria do exercício da prestação jurisdicional para torná-la mais segura e, se possível, mais célere, eficiente e próxima da concepção ideal de justiça. Assim, o processo não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas como meio de atuação da vontade concreta do Direito Objetivo. E, há a perspectiva do movimento utilitarista do Direito Processual, que considera que o processo civil deve ser útil em seus resultados sob a ótica dos jurisdicionados, daí a razão pela qual se busca a racionalização, a simplificação e efetividade do processo.

Uma das perspectivas mais contemporâneas relacionada ao processo é a busca da efetividade da solução jurisdicional não apenas com a prolação de decisões justas em tempo razoável, mas também sua efetivação: o sistema de justiça que não cumpre suas funções e finalidades dentro de um prazo razoável é um sistema hermético, inacessível, porque o tempo e a falta de efetividade são entraves contra os quais todo magistrado deve enfrentar. A duração razoável do processo – atualmente alçada a direito fundamental instrumental na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXVIII) – exige uma conduta estatal positiva para sua implementação e, nesse contexto, reconhece-se a existência do direito ao acesso efetivo à justiça como de importância capital entre os novos direitos fundamentais de caráter social e econômico.

Por efetividade da jurisdição entende-se não a tutela jurisdicional célere, baseada em cognição sumária não exauriente da lide, mas sim a tutela que permita a concretização segura e sem instabilidade dos direitos, em cognição exauriente em perfeita sintonia com a duração razoável do processo. Desse modo, a duração razoável, traduzindo-se em efetividade das decisões judiciais, é meta a ser buscada pelo Poder Judiciário que se desincumbirá de sua missão com o aperfeiçoamento dos seus integrantes – magistrados e servidores -, a padronização de procedimentos e rotinas, o amplo acesso à tecnologia que permita maior celeridade na comunicação dos atos processuais e na sua realização, bem como a efetivação de modificações estruturais no Poder Judiciário, no processo e no procedimento.

A Lei nº 13.105, de 16.03.2015 – denominado Novo Código de Processo Civil -, foi editado no bojo dos movimentos de maior acesso à ordem jurídica justa e, assim, buscou apreender alguns fenômenos que se desenvolvem no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, entre os quais a busca de efetividade do processo e da jurisdição em consonância com a implementação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais através da aplicação das normas processuais.

#### **4. NOTA CONCLUSIVA**

Passados dez anos da criação do Conselho Nacional de Justiça, com o grande objetivo de realizar a reforma do sistema de justiça, pode-se afirmar que o novo Código de Processo Civil reconhece e prestigia sua atuação para o fim de acabar com as velhas e enfadonhas práticas referentes ao exercício da função jurisdicional, tão criticada pela sociedade em virtude de seu anacronismo e de sua ineficácia. As várias atribuições do Conselho Nacional de Justiça foram sumamente prestigiadas no NCPC, sendo merecedora de destaque a missão do CNJ de criar e desenvolver políticas públicas voltadas ao sistema de justiça, tais como se verifica nos segmentos dos métodos adequados de solução consensual de conflitos, do emprego do suporte eletrônico para o processo e para os atos processuais, entre outras expressamente encampadas nos dispositivos do Novo Código de Processo Civil.

Há claro tratamento acerca do controle institucional desenvolvido pelo CNJ quanto ao cumprimento dos prazos para a prática dos atos judiciais pelos magistrados, o que exigirá dos conselheiros e da própria estrutura do CNJ condições humanas, materiais e logísticas próprias para que tal controle não se transforme em medida legal inócua no modelo previsto no novo Código de Processo Civil.

O Conselho Nacional de Justiça, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/04, não apenas rapidamente se consolidou dentro do Poder Judiciário e da sociedade brasileira, como efetivamente se transformou em uma espécie de “sentinela do Poder Judiciário” e da magistratura. E, nesta missão, o novo Código de Processo Civil se apresenta totalmente compatível com as normas constitucionais que tratam do CNJ – em especial quanto às atribuições principais e secundárias -, visando o aumento da eficiência através da uniformização e sistematização de procedimentos nas áreas da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário que se refletem nas rotinas procedimentais referidas em vários dispositivos do novo Código de Processo Civil.

É certo que a edição de uma lei ordinária por si só – como é o novo Código de Processo Civil – não tem o condão de modificar o cenário de estagnação, demora e déficit de efetividade da jurisdição e do processo. Contudo, a partir dos inúmeros avanços conquistados desde o início da atuação do Conselho Nacional de Justiça no cenário do Poder Judiciário e da magistratura brasileira, é de se louvar a previsão do conjunto de atribuições estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil em relação ao CNJ. E, na realidade, tal tratamento normativo tem como alvo a busca da efetividade da jurisdição e do processo e, simultaneamente, o objetivo de dar concretude à terceira onda do movimento de acesso à justiça, com a efetivação das normas de direitos humanos e de direitos fundamentais nas relações processuais e, simultaneamente, a redução dos custos de transações na vida econômica do país. O incremento da atuação do magistrado no mundo contemporâneo deve ser vinculado à sua responsabilidade quanto ao dever de prestar contas – espécie de *accountability* – e à possibilidade dele ser sancionado para os casos de abusos ou de negligência, como já destacou Mauro Cappelletti. O ideal é justamente alcançar o equilíbrio entre a independência jurídica do

magistrado, a responsabilidade de controle social e a responsabilidadesanção dos juízes que atuam com abuso ou negligência.

Oxalá seja possível que o novo Código de Processo Civil obtenha o mesmo grau de êxito que o CNJ tem conseguido na sua atuação e, portanto, que a jurisdição e o processo sirvam cada vez mais à pessoa humana na realização de seus direitos fundamentais e, simultaneamente, permitam o desenvolvimento nacional sustentável em perfeita sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, entre os quais a legalidade, a transparência, a impessoalidade, a moralidade, a efetividade e a eficiência. O acesso à justiça, assim, deve ser concebido como novo método de pensamento na perspectiva dos consumidores “da justiça”, no qual a análise deve ser feita sobre os jurisdicionados como destinatários dos serviços judiciais e, assim, os órgãos do Poder Judiciário passam a ser encarados como instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa.

O ótimo social somente pode ser identificado na noção do meio-termo: um sistema de justiça que não represente um obstáculo da atividade econômica no país, mas que simultaneamente não transmita a ideia da ausência de mecanismos adequados e efetivos de controle dos atos dos governantes e dos sujeitos privados, valendo-se de métodos e técnicas contemporâneas de planejamento estratégico e de gestão dos processos. “Que os tribunais, em vez de dificultarem, facilitem um gozo socialmente responsável da propriedade privada, que eles propiciem um desenvolvimento urbano sustentável em vez de o onerarem com um canga burocrática, são objetivos que emergem transparentes de uma sindicância à eficiência do Poder Judiciário” (ARAÚJO, Fernando, 2010, p. 13).

O Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, tem desenvolvido políticas públicas e ações efetivas voltadas ao aperfeiçoamento do sistema de justiça como um todo e, neste trabalho vem contando com a contribuição de outros órgãos e instituições, numa perspectiva necessariamente multidisciplinar e plural. É fundamental a convergência entre Direito e Economia, Direito e Psicologia, Direito e Sociologia, Direito e Política que, assim, deve ser pautada por valores, diretrizes e atividades que estão na base das relações

---

sociais de um determinado país. A ordem econômica e social exige o aprimoramento do sistema de justiça de modo a combater os “gargalos”, os desvios e as irregularidades no processo voltado à pacificação social e, para tanto, o Conselho Nacional de Justiça tem se revelado de imensa valia, como se buscou demonstrar no curso deste texto.

Daí resulta a conclusão da necessidade de se construir e desenvolver um bom Judiciário brasileiro que, a exemplo dos outros poderes, órgãos e instituições, está vinculado ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 3º), dentre eles a busca do desenvolvimento nacional (econômico-social). Revela-se fundamental a mudança de mentalidade e de paradigma, sob pena de descumprimento do comando constitucional vinculado à efetivação da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, contém claramente elementos voltados à melhoria das condições sociais e econômicas de todos os brasileiros.

## **REFERÊNCIAS:**

ARAÚJO, Fernando. Prefácio. In: LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais. Brasília: ENFAM, 2010.

CORRÊA, Priscila Pereira Costa. Direito e Desenvolvimento. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais. Brasília: ENFAM, 2010.

MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo. Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2008.

---

# *TV JUSTIÇA: JUDICIÁRIO EM CENA*

---

*Ivan da Costa Marques - Professor Associado Pós-Graduação em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia (HCTE)*

*Daniele Martins dos Santos - Doutoranda - UFRJ/HCTE*

**Resumo:** A TV Justiça é um canal público e não lucrativo de televisão, administrado pelo Supremo Tribunal Federal, criada através de lei e que tem como principal objetivo aumentar a publicidade dos atos do Poder Judiciário, através da aproximação com a sociedade. Já está no ar há mais de doze anos e constitui-se em prática pioneira, pois até o ano de sua criação não se tinha notícia de experimento semelhante no mundo. Nesse trabalho vamos pensar a TV Justiça, incluindo as circunstâncias de sua criação e a sua programação. Vamos pensar ainda em que “judiciário” tem sido objeto de popularização por esse canal e de que forma essa popularização tem sido efetuada.

**Palavras-chave:** TV Justiça, publicidade, transmissão de julgamentos ao vivo

## **INTRODUÇÃO**

A ideia principal desse trabalho é pensar e descrever a TV Justiça, canal exclusivo que se presta a publicidade do poder judiciário e dos serviços essenciais à justiça. Tratando-se de criação brasileira, inédita no mundo, despertou-nos interesse especial.

Nosso caminho passará pelo processo que desencadeou a necessidade de sua criação, seguindo então para uma visão crítica da programação. Voltaremos nosso olhar para a transmissão ao vivo dos julgamentos do Plenário do STF, um dos pontos mais sensíveis da programação, para em seguida concluir o trabalho.

## **1. POR QUE CRIAR A TV JUSTIÇA?**

Com o fim da II Guerra Mundial, observou-se uma tendência, em muitos países, a configurar a noção de Direitos Humanos e Fundamentais no que se refere, principalmente, a ideia de dignidade da pessoa humana. Surge a proteção internacional dos direitos humanos, pensando o ser humano não limitado ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada<sup>1</sup>. Essa foi a base de várias Constituições que se seguiram nos países mais atingidos pela guerra, como a Alemanha, Itália e Espanha. Essa tendência fez-se acompanhar ainda do condão de atribuir à norma constitucional o status de norma jurídica, deixando de estar sujeita à liberdade de atuação do legislador e à discricionariedade do administrador.

No Brasil essa tendência veio a configurar-se apenas na Constituição de 1988, momento em que as normas constitucionais passaram a ocupar um lugar central no quadro normativo e foi reconhecida a supremacia judicial. A Constituição foi então recheada de cláusulas abertas e programáticas, e o Estado passou a adotar uma atuação planejada. A constituição operou ainda um deslocamento de poder, dando ao STF, através do exercício da função precípua de “guardar” a Constituição, a função de valer cumprir os deveres de atuação do Estado assim como estabelecidos na Constituição. Para tal, o STF possuiria a primazia na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Observou-se então uma migração da resolução de questões relevantes do ponto de vista político, social e moral para o Poder Judiciário. Essa tendência foi denominada “judicialização” e teve como principal causa a forte desilusão com a política majoritária, que por sua vez decorreu da crise de representatividade dos membros do Poder Legislativo. Podemos enumerar alguns exemplos dessa migração: instituição de contribuição de inativos na Reforma da Previdência (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n° 3105/DF, proposta em 31 de março de 2004); pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI n° 3510/DF, proposta em 31 de maio de 2005); interrupção da gestação de anencéfalos (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n° 54/DF, proposta em 17 de junho de 2004); restrição ao uso de algemas (*Habeas Corpus* n° 91952/SP, proposto em 12 de julho de 2007 e súmula vinculante n° 11 aprovada em 13 de agosto de

---

<sup>1</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

2008); legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI n° 3330, proposta em 21 de outubro de 2004); vedação ao nepotismo (Ação Direta de Constitucionalidade n° 12/DF, proposta em 02 de junho de 2006); extradição do militante italiano Cesare Battisti (Extradição n° 1085/Itália, proposta em 04 de maio de 2007); proibição do uso do amianto (ADI n° 3970/SP, proposta em 27 de junho de 2007).

Note-se que a judicialização da política, tal como nos referimos acima, é uma pauta da própria Constituição. Sendo um caminho inevitável, passaram a incidir sobre o Poder Judiciário demandas que antes eram restritas aos demais poderes, legislativo e executivo, considerados políticos. Os discursos pela independência e distanciamento do Poder Judiciário deram espaço às cobranças por *accountability*, transparência, publicidade, proximidade com a sociedade.

Ao se verem imersos em atividades políticas e por não terem sido escolhidos pela vontade popular, os juízes sentiram a necessidade de ampliar a transparência de sua atividade<sup>2</sup>. Já não bastaria, dessa forma, que a decisão fosse proferida por um juiz togado, vindo daí uma justificativa para a criação da TV Justiça. Seria um movimento da cúpula do Poder Judiciário brasileiro em direção ao preenchimento da legitimidade de suas decisões. A decisão deveria demonstrar até que ponto ela consegue alcançar os anseios que a sociedade carrega para a construção de um estado democrático de direito, tal qual determinado pela Constituição. E essa demonstração deve ter o maior alcance possível. A plena divulgação da atividade jurisdicional deve ser uma preocupação dos magistrados.

Em 2002 a Lei n° 10.461 determinou a reserva de um canal de TV a cabo para o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>. O Projeto de Lei n° 6059 que lhe deu origem foi aprovado depois de uma tramitação “relâmpago”, que

---

<sup>2</sup> O juiz Fernando Moreira Gonçalves, diretor da Associação dos Juízes Federais por ocasião da comemoração de um ano da TV Justiça, afirmou o seguinte: “O Judiciário não é um poder alheio à realidade. Ao discutir, de maneira franca e transparente, assuntos de grande relevância, sem se esquivar da ousadia, o ministro Marco Aurélio deu uma grande contribuição para demonstrar que o juiz do século XXI não deve ter receio de prestar esclarecimentos à sociedade, por meio da imprensa, a respeito de seus posicionamentos, ao contrário do magistrado do século XIX, que, amordaçado, somente podia falar nos autos”. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv\\_justica\\_consolida\\_canal\\_prestacao\\_servicos?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv_justica_consolida_canal_prestacao_servicos?pagina=2). Acesso em 01 de fev. de 2016.

<sup>3</sup> Vale também mencionar que em 2004 foram criados também a Radio Justiça e os canais institucionais “STF no YouTube” e “STF no Twitter”, todos com a mesma finalidade de aumentar a publicidade.

durou menos de quatro meses<sup>4</sup>. Renato Parente, assessor de imprensa do STF naquela época, afirmou que o prestígio do então Presidente Ministro Marco Aurélio foi fundamental tanto para a aprovação da lei, quanto para a criação e implementação da TV Justiça<sup>5</sup>.

Esse canal teria a função precípua de divulgar os atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à justiça<sup>6</sup>. Em 11 de agosto de 2002 a TV Justiça entrou no ar<sup>7</sup>. Nesse momento as sessões plenárias do Supremo passaram a ser transmitidas ao vivo, pela televisão e pela internet. Essa foi uma prática inédita, pois não encontramos notícia de que houvesse, até então, esse tipo de publicização de julgamentos de Suprema Corte no mundo.

## **2. TV JUSTIÇA E O (NÃO) DESVELAMENTO DA REDE QUE COMPÕE O JUDICIÁRIO**

Após refletir acerca de alguns pontos que teriam desencadeado a criação da TV Justiça, é importante pensar que tipo de “judiciário” se pretende popularizar por esse canal de TV.

De modo geral, no caminho sinuoso percorrido por uma ação judicial vislumbramos uma série de entidades que atuam, isto é, inscrevem diferenças no mundo ao seu redor. Podemos lembrar de algumas: autor e réu, advogados, juízes, promotores de justiça, normas legais, papel, computador, internet, salas, experts etc. Chamaremos essas entidades de “atores”. Esses atores interagem, conformando relações e sendo conformados por elas. É difícil, portanto, pensar em algo como um “ator isolado”. O ator é sempre e também uma rede moldada por relações heterogêneas<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Proposto em 20 de fevereiro de 2002, o Projeto de Lei nº 6059 transformou-se na Lei nº 10.461 em 20 de maio de 2002, data de sua publicação.

<sup>5</sup> PINHO, Débora. TV Justiça se consolida como canal do judiciário em quase dois anos. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv\\_justica\\_consolida\\_canal\\_prestacao\\_servicos?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv_justica_consolida_canal_prestacao_servicos?pagina=2). Acesso em 01 de fev. de 2016.

<sup>6</sup> A Constituição de 1988 prevê em seu Capítulo IV, artigos 127 a 135, as Funções Essenciais a Justiça. É o caso do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e da Advocacia Privada.

<sup>7</sup> Quando entrou no ar, em 2002, a TV Justiça era sintonizada pela TV por assinatura - SKY e DirecTV, além de poder ser assistida pela Internet e por parabólicas com receptor digital. Em 15 de agosto de 2007 a Ministra Ellen Gracie inaugurou o sinal aberto da TV Justiça.

<sup>8</sup> Estamos considerando como ator aquele/aquilo cuja presença possa causar alguma diferença no campo que estamos estudando. Então, julgar, celebrar um contrato, prestar um depoimento são ações construídas em rede que passam e se ramificam no corpo e além do corpo. LATOUR, Bruno. How to talk about the body? The normative dimension of science studies. In: *Body and Society* Vol. 10, number 2/3 pp. 205-229 (2004).

Ao estudarmos o mundo que constitui o direito encontramos bem mais do que um processo de arrazoamento no qual um fluxo delimitado composto de ideias homogêneas é interligado de forma mais ou menos lógica. A complexidade do mundo do direito vai bastante além de um corpo ordenado de textos no qual uma simples organização gera mais documentos, como uma sentença, por exemplo<sup>9</sup>. Em cada episódio do direito, uma série de tensões, vetores, correntes e pressões são delicadamente rearrumados. Assim, ao adentrarmos o mundo do direito nos deparamos com uma rede cheia de intermediações, uma rede de pessoas e coisas que o constituem e abandonamos a ideia de que, para proferir uma sentença, o juiz precise apenas dos documentos que integram os autos judiciais e da legislação. Argumentamos que é possível entender o mundo do direito de maneira mais complexa e de maior rendimento se abandonarmos a ideia de um “direito puro”.

Para alcançar publicidade suficiente para gerar algum incremento de legitimidade aos atos do “judiciário”, a TV Justiça deve incluir em sua programação essas intermediações. Será que incluiu? Para a reflexão a que nos propomos, trazemos ao final no QUADRO I / ANEXO as descrições dos programas exibidos pela TV Justiça, tal qual são exibidas em seu site<sup>10</sup> e podemos ver.

Olhando para as descrições da programação no Quadro I, podemos escolher e retirar alguns “padrões”, que nela se repetem. Um deles é a existência de uma necessidade de aproximar a sociedade do mundo jurídico. Outro ponto é o caminho que deve ser trilhado para essa aproximação, que deve ser o da utilização de linguagem simplificada, num movimento de “tradução” do “jurídico” para o “popular”, de maneira que seja facilitado o entendimento pelos espectadores leigos. Há ainda um constante processo de escolha de “casos importantes”, “casos que interferem no dia a dia dos cidadãos”, da mesma maneira que há uma seleção de alguns órgãos do Poder Judiciário que estão presentes na programação divulgando suas atividades. Para finalizar não podemos deixar de citar o constante apelo à afirmação da cidadania e a importância desse ato.

O que esses assim chamados “padrões” nos indicam é um constante apelo a utilização de estruturas intelectuais pertencentes ao campo do

---

<sup>9</sup> Latour, Bruno. *The making of law: an ethnography of the Conseil d'état*. Cambridge: Polity, 2010. P. 140/141.

<sup>10</sup> [www.tvjustica.jus.br](http://www.tvjustica.jus.br). Acesso em 23 de março de 2016.

direito para realizar sua descrição. São estruturas homogeneizantes, pois há uma eleição de “fatos marcantes”, “direitos”, “legislações” que são erigidas a condição de “essenciais” ao “cidadão”, ao “eleitor”, ao “trabalhador” etc. Essas estruturas servem de véu para esconder as práticas múltiplas, heterogêneas e frequentemente contraditórias do campo. No direito, este procedimento, pode-se dizer, “fundacionista”, afasta maneiras de pensar habituais e convencionais e constrói uma nova estrutura de conhecimento baseada em inferências logicamente inabaláveis feitas a partir de premissas certificadamente indubitáveis. Esse seria um dos caminhos para se chegar a produção de um conhecimento confiável.

Assim, as descrições partem de pontos estáticos, substantivos, como por exemplo: “interesse geral do cidadão”, “assuntos de importância comum de toda a sociedade brasileira”, “temas ligados à Justiça e à Cidadania”, “cidadão comum”, “universo jurídico”. Por que não pensar no processo de criação dessas categorias e o que elas englobam? Em outras palavras, por que não uma programação que inclua reflexões do seguinte tipo: Quem é o cidadão comum? É o mesmo no Rio de Janeiro e em Palmas? Ou no Leblon e na Rocinha? Será que se interessam pelos mesmos assuntos? Como se constitui o universo jurídico brasileiro?

Ao se utilizar desses conceitos estáticos, perde-se uma boa oportunidade de pensar nas tais intermediações que são necessárias para composição da rede que compõe o Judiciário. As descrições são realizadas levando em conta uma repartição binária entre “judiciário” e “sociedade”. A TV Justiça tem sido, então, um instrumento de tradução das questões “puramente jurídicas” para o “dia a dia dos cidadãos”, tratadas como realidades independentes, que se encontram apenas nas bordas. O que esses assim chamados “padrões” nos indicam é uma tentativa de purificação da rede que compõe o poder judiciário e a repartição binária entre “judiciário” e “sociedade”.

Mas, será conveniente expor as tais intermediações, mostrando os inúmeros atores envolvidos na construção do “direito” e na performance do “judiciário”? Alguns vão achar que esse processo humilde de interações que se transformam em verdade objetiva e compõem o “direito” deveria ser um segredo a ser revelado apenas para iniciados. Será que esse desvelamento prejudicaria a solidez do “direito”?

Não vemos dessa forma. Entendemos que são justamente esses “processos de purificação” que levam as pessoas a desacreditarem na capacidade de humanos proferirem verdades. Impelem-nos a acreditar que a fala de um humano sempre incorre em erro e ilusão, de maneira que é sempre necessário recorrer a uma voz poderosa, super-humana, como a do “Direito” com D maiúsculo.

Uma reflexão que nos leve a pensar na construção gradual de verdades através de interações humanas é muito mais interessante, robusta e digna<sup>11</sup>. Além disso proporciona mais possibilidades de atuação e construção de novos mundos.

### **3. TRANSMISSÃO AO VIVO DE JULGAMENTOS DO PLENÁRIO DO STF**

A transmissão ao vivo dos julgamentos do Plenário do STF merece destaque pela sua singularidade. Trata-se de uma novidade implementada pelo Brasil de maneira inédita no mundo.

A Constituição da República estabelece no inc. IX do seu art.93 que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Dessa regra legal decorre a norma que determina que todas as sessões de julgamentos sejam abertas ao público, ressalvados apenas os casos de prejuízo ao direito à intimidade. Assim, mesmo no STF, ao contrário do que acontece em muitos países<sup>12</sup>, nos quais as ações de inconstitucionalidade costumam ser realizadas em sessões fechadas, no Brasil elas têm caráter público. No entanto, as sessões têm sempre uma limitação física de espaço, de maneira que só podem ingressar na sala um número limitado de pessoas. Além disso, no caso específico do STF, que aqui nos interessa mais de perto, temos a dificuldade imposta pela sua localização. Fica localizado na Praça dos Três Poderes, em Brasília, mas possui

---

<sup>11</sup> Latour, 2010.

<sup>12</sup> A Suprema Corte americana, por exemplo, embora libere a transcrição e as gravações de áudio semanalmente, são muito resistentes à ideia de liberar a presença de câmaras de vídeo na sala do tribunal.

competência para julgar ações provenientes de todo o Estado Brasileiro. Difícil acompanhar os julgamentos em Estado diverso ao da sua origem.

Além da localização geográfica do STF, que de alguma forma centraliza sua atuação, devemos incluir como agente centralizador a competência que lhe foi outorgada pela Constituição de 1988. Ressaltamos então o instituto jurídico da repercussão geral<sup>13</sup>. No exercício da competência recursal, o STF não se presta a rever a justiça da decisão proferida anteriormente em determinado processo judicial, mas a analisar a compatibilidade entre atos normativos envolvidos com a questão levada a juízo e a Constituição. Nesse contexto, somente é dado ao STF conhecer, em grau de recurso, questões que ultrapassam o interesse das partes envolvidas, com reflexos na ordem jurídica, considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa. É esse reflexo que ultrapassa os interesses das partes envolvidas que o direito denomina de repercussão geral. Como exemplo de questões locais que são levadas ao STF por repercussão geral podemos citar o Recurso Extraordinário nº 586.224, em que o Estado de São Paulo questiona uma lei do município de Paulínia que proíbe a prática da queima da palha de cana-de-açúcar em plantações. Nesse caso específico, o STF deverá se pronunciar acerca da compatibilidade entre a lei do município de Paulínia e a Constituição da República, e sua decisão vinculará todo país. As particularidades que levaram o município de Paulínia a expedir uma lei proibindo a queima da palha da cana de açúcar deverão ser traduzidas pelo STF a fim de se tornarem elementos gerais, amplos, que se destinarão a todos os municípios, de norte a sul do Brasil.

Com a entrada da TV Justiça no ar, os moradores de Paulínia, por exemplo, não dependem mais da repercussão que os meios midiáticos darão à matéria. Eles podem assistir diretamente os votos dos Ministros e tirarem suas próprias conclusões. Há o afastamento de intermediadores entre os juízes e os destinatários das decisões. A possibilidade de entrar nas sessões através da TV Justiça dá a todos os interessados a possibilidade de driblar a distância e a limitação física do tamanho das salas. Os

---

<sup>13</sup> Art. 327, § 1º, do Regimento do STF. O § 3º do art. 102 da Constituição, acrescentado pela Emenda nº 45/2004, estabelece, como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, a demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. Desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, portanto, a repercussão geral assumiu um papel primordial no processo constitucional, uma vez que apenas assuntos considerados relevantes pelo STF serão julgados por aquela Casa em sede de recurso.

juízos alcançam então uma máxima publicidade. Os Ministros não se dirigem mais somente aos seus pares e aos advogados, mas a milhares de espectadores. Esses espectadores têm acesso aos argumentos apresentados pelos Ministros em tempo real. Daí a necessidade de decisões mais didáticas. É necessário explicar mais e melhor para uma plateia maior. Segundo Renato Parente, quando os juízos começaram a ser transmitidos ao vivo pelo Supremo “a maior mudança se deu na boa vontade de alguns ministros em explicar melhor os seus votos e de aclarar suas posições. Eles estão conscientes de que também falam para quem assiste pela televisão”<sup>14</sup>.

#### **4. CONTROVÉRSIA: TRANSMISSÃO DE JUÍZOS AO VIVO PARA O BEM OU PARA O MAL?**

Podemos vislumbrar uma diferença significativa decorrente da implementação da TV Justiça: o incremento da publicidade gera modificações na legitimação das decisões do STF. A opinião pública entra nos tribunais para participar do processo decisório. Mas há aí um revés: os Ministros são alçados à condição de celebridades. Em 2013, uma pesquisa<sup>15</sup> sobre a sucessão presidencial do Brasil mostrou como favorito na opinião dos eleitores o então Presidente do STF, Min. Joaquim Barbosa<sup>16</sup>, que sequer tinha se apresentado como candidato ao cargo. Esse fato pitoresco decorreu do juízo da Ação Penal nº 470, que discutiu a responsabilidade penal de diversos políticos de primeiro escalão no caso apelidado de “Mensalão”. As sessões alcançaram uma audiência surpreendente e o STF teve, provavelmente, a maior visibilidade de sua história.

Sobre essa espécie de tentação populista, trazemos a citação de Antoine Garapon, magistrado francês:

---

<sup>14</sup> Renato Parente era assessor de imprensa do STF na época da criação da TV Justiça e deu entrevista à Revista eletrônica CONJUR em dezembro de 2003. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv\\_justica\\_consolida\\_canal\\_prestacao\\_servicos?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv_justica_consolida_canal_prestacao_servicos?pagina=2) Acesso em 1 de fev. 2016.

<sup>15</sup> Pesquisa realizada no dia 20 de julho de 2013, entre manifestantes de São Paulo, pelo Datafolha, conforme noticiado no jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1299095-joaquim-barbosa-lidera-corrida-presidencial-entre-os-manifestantes.shtml>. Acesso em: 30/07/2015.

<sup>16</sup> O Ministro Joaquim Barbosa, ao longo do juízo do mensalão, foi apelidado nas redes sociais de “Batman brasileiro”. In: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/a-disparada-de-joaquim-barbosa-o-batman-brasileiro>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

*“A tentação populista se caracteriza, antes de mais nada, por sua pretensão a um acesso direto à verdade. Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforma expressão de Perelman, ao ‘auditório universal’, quer dizer, opinião pública. Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. Todas as anulações processuais são purgadas por essa instância de recurso selvagem que a mídia representa, e os argumentos técnicos do direito ou processuais não tardam a revelarem-se para a opinião pública como argúcias, astúcias, desvios inúteis, que impedem a verdade de ‘vir à tona’. A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juizes, o que torna muito mais presente o desvio populista. O populismo, com efeito, é uma política que pretende, por instinto e experiência, encarnar o sentimento profundo e real do povo. Esse contato direto do juiz com a opinião é proveniente, além disso, do aumento do descrédito do político. O juiz mantém o mito de uma verdade que se basta, que não precisa mais da mediação processual.” (Garapon, p.66).*

Por causa desse revés, corre uma divergência acerca desse sistema de publicidade implementado pela TV Justiça. O desembargador Vladimir Passos de Freitas do 2º Tribunal Regional Federal<sup>17</sup> afirma que a exposição excessiva dos Ministros tende a agravar as divergências, que seriam sustentadas com mais ênfase por conta da transmissão televisiva. Para esse desembargador, a transmissão dos votos e dos debates para todo o país torna as posições pessoais, perdendo os ministros, aos olhos de quem assiste, a imparcialidade. Segundo essa posição, há que se reservar um distanciamento entre os julgadores e os leigos.

Vale ressaltar que já existe um projeto de lei protocolado na Câmara dos Deputados que pretende acabar com as transmissões ao vivo. O Deputado Federal Vicente Cândido apresentou o Projeto de Lei nº 7004 afirmando que a Constituição exige a publicidade dos atos e não do andamento dos trabalhos. Para ele, a divulgação no Diário Oficial supriria a demanda constitucional. Acrescentou que “a maior ‘transparência implica muitas vezes em cenas de constrangimento, protagonizadas pelos ministros em Plenário. Na verdade, as entranhas da Justiça é que estão sendo mostradas

---

<sup>17</sup> Freitas, Vladimir Passos de. TV Justiça e a exibição de julgamentos pelo STF. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/segunda-leitura-tv-justica-exibicao-julgamentos-supremo>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

com sensacionalismo exacerbado por parte de alguns ministros em particular. Basta isso para que tenhamos uma espécie de desmoralização da nossa Corte Suprema”<sup>18</sup>.

Pelo mundo, podemos citar dois exemplos que ilustram essa divergência. Antonin Scalia, *Justice* na Suprema Corte americana, afirmou em entrevista na Universidade da Califórnia<sup>19</sup> que os cidadãos comuns estariam interessados apenas nos casos de maior repercussão, que, via de regra, são aqueles que envolvem questões morais controversas. Afirmou ainda que a publicidade de casos que decidem questões mais técnicas contribuiria para desinformar a sociedade e distorcer sua visão acerca do verdadeiro papel dos juizes. Para esse magistrado, ressalta a importância de haver certo distanciamento entre as instituições e a vontade do povo, pois a familiaridade diminui o respeito.

Por outro lado, o *Lord* Neuberger os *Abbotsbury*<sup>20</sup>, da Suprema Corte do Reino Unido, entende que o acesso público sobre o que acontece nas cortes de justiça é um elemento essencial do Estado de Direito. Afirmou ainda que o conhecimento público sobre os trabalhos desempenhados pelo tribunal contribui para aumentar a confiança na administração da justiça e na forma democrática de governo. Para ele os tribunais devem cuidar para que o público tenha cada vez mais acesso aos procedimentos judiciais, citando inclusive, o exemplo da TV Justiça, criação brasileira.

Há, portanto, opiniões em ambos os sentidos.

No Brasil também existe essa controvérsia. Podemos lembrar da discussão gerada por uma mudança no Regimento Interno do STF acerca da competência para julgar políticos (detentores do foro por prerrogativa de função) em inquéritos e ações penais. Até 2014, os julgamentos de ações penais e inquéritos, no STF, eram de competência do plenário, cujas sessões são transmitidas ao vivo sem restrições. Graças a essa norma pudemos assistir ao julgamento da AP n° 470 que tratou do caso conhecido como

---

<sup>18</sup> Projeto de Lei n° 7004/13. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarint?egrajsessionid=48F8DB50E7BB4B99ED557B40DAF0F25E.proposicoesWeb1?codteor=1214815&filena me=PL+7004/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarint?egrajsessionid=48F8DB50E7BB4B99ED557B40DAF0F25E.proposicoesWeb1?codteor=1214815&filena me=PL+7004/2013). Acesso em 01 de fev. de 2016

<sup>19</sup> O vídeo com a entrevista está disponível em: <http://.youtube.com/watch?v=KttlukZEtM>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

<sup>20</sup> Em palestra proferida no Judicial Studies Board. Disponível em: <http://netk.net.au/Judges/Neuberger2.pdf>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

“mensalão”. Uma mudança regimental transferiu essa competência para a Segunda Turma, composta por apenas cinco dos onze Ministros que compõem o Tribunal<sup>21</sup>. Haveria um objetivo explícito: desobstruir a pauta do plenário, permitindo concomitantemente que o Tribunal se concentrasse no julgamento de questões constitucionais relevantes e acelerasse a apuração de inquéritos e ações penais. As sessões da Segunda Turma são abertas, assim como as demais, mas não são transmitidas ao vivo. Isso porque acontecem sempre no mesmo dia e horário que as sessões da Primeira Turma, e o STF nunca quis privilegiar uma das Turmas. A sala da Segunda Turma do STF comporta no máximo 235 espectadores. Aos que não puderem estar presentes, ou não conseguirem um lugar, restam apenas as opções de acompanhar a repercussão nas demais emissoras de televisão, ou solicitar cópias da íntegra das sessões em áudio e o vídeo à Secretaria de Comunicação Social do STF.

Em nenhum momento os ministros publicamente disseram que a inovação teria o condão de evitar que julgamentos com forte apelo político e midiático fossem transmitidos ao vivo pela TV. Teremos que esperar para saber de que forma esse televisionamento será realizado.

Acontece que essa mudança ocorreu justamente durante outro caso importante: a operação “Lava Jato”. Com a nova regra, os políticos que forem denunciados serão julgados pelas Turmas e a TV Justiça não transmitirá ao vivo as sessões. Ao menos até agora não houve nenhuma mudança na programação que indique que essa transmissão será feita.

Essa mudança reacendeu a controvérsia acerca da máxima publicidade das deliberações dos ministros no STF. O advogado Gustavo Badaró<sup>22</sup>, em entrevista ao periódico *El País*, afirmou que via benefícios na alteração. Disse ainda que, sem televisão “os ânimos não estarão tão acirrados” e “não haverá votos tão longos ou citações e demonstrações de erudição que em nada acrescentam ao julgamento da matéria”<sup>23</sup>. Para o Deputado

---

<sup>21</sup> A alteração foi introduzida pela Emenda Regimental nº 49 de 2014. A Câmara dos Deputados, em 30 de outubro de 2014 propôs Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº 5175) com o intuito de que esses julgamentos regressem ao Tribunal Pleno. A Procuradoria-Geral da República já opinou pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, pela improcedência do pedido. A ADI aguarda julgamento.

<sup>22</sup> Gustavo Badaró defendeu Silvio Pereira, ex-secretário geral do PT na Ação Penal nº 470 (Mensalão).

<sup>23</sup> Disponível em [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122\\_202920.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122_202920.html). Acesso em 23 de março de 2016.

Federal Wadhi Damous, um dos maiores críticos da forma de condução do julgamento do mensalão, o STF acertou ao optar pela discricção. Para ele os julgamentos não devem tomar a forma de “espetáculo”, acreditando que a presença de elementos externos de pressão que imponham a condenação como único resultado possível afasta o estado de direito e traz o autoritarismo. No entanto, Wadhi Damous, na ocasião em que ocupava a presidência da OAB - Seccional do Rio de Janeiro, repudiou proposta de censurar a transmissão ao vivo das sessões do Plenário. Essa posição foi inclusive objeto de moção pelo Conselho Federal da OAB<sup>24</sup>. Para o Deputado Wadhi, a discricção nas ações penais não se opõe à transmissão ao vivo das sessões.

O professor de Direito Penal da FGV Thiago Bottino acredita que a exposição das sessões contribui para a transparência do Judiciário e para a educação da população brasileira. Para ele, mesmo que existam fatores que possam influenciar o julgamento quando há transmissão ao vivo, os prós seriam superiores aos contras. A principal vantagem, em sua opinião, é a possibilidade de controle da atividade do judiciário<sup>25</sup>.

Parece-nos que, além de discutir os possíveis efeitos desse tipo de publicidade, deveríamos pensar na possibilidade que foi aberta ao grande público de assistir as práticas deliberativas do STF. Esse tipo de desvelamento possibilita reflexões e cria espaços de atuação. Quando adentramos as entranhas do tribunal, podemos interferir a partir desta modificação. Essa possibilidade, por si só, já suplantaria os efeitos colaterais de “julgamentos midiáticos”, “votos extremamente longos” ou “sensacionalismo”.

## **CONCLUSÃO**

Uma jurisprudência prática e de pé no chão terá sempre que lidar com uma tensão ou mesmo oposição entre um tratamento positivista de verdades codificadas estabelecidas em um processo de purificação (tal como o que apontamos acima) e a relativização destas verdades

---

<sup>24</sup> OAB critica proposta de censurar transmissões ao vivo de sessões do STF após bate-boca. Notícia do Jusbrasil. Disponível em: <http://folha-online.jusbrasil.com.br/noticias/1039957/oab-critica-proposta-de-censurar-transmissoes-ao-vivo-de-sesoes-do-stf-apos-bate-boca>. Acesso em 23 de mar. de 2016.

<sup>25</sup> Borges, Rodrigo. Supremo se fecha após desgastes e traumas do julgamento do Mensalão. Disponível em [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122\\_202920.html#juridico](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122_202920.html#juridico), Acesso em 30 de jul. de 2015.

pela consideração do processo de suas construções graduais ao longo das interações e das justaposições de elementos diversos intervenientes em sua história. Supor que uma prática legal codificada possa de alguma forma ser completa no sentido de enunciar todas as suas próprias premissas operativas é um engano. Há sempre um corpo de crenças tácitas pressupostas, não enunciadas. Algumas dessas premissas operativas não enunciadas podem ser inconsistentes com outras; outras ainda podem simplesmente não se sustentarem como fatos. A tarefa crítica é tornar explícitas as pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas. Na consecução desta tarefa crítica a TV Justiça pode desempenhar um papel importante.

### **Quadro I**

“1 - **Academia** - Temas polêmicos e interessantes relacionados ao universo jurídico são retratados por meio de teses e dissertações. O programa integra a faixa educativa da TV Justiça.

2 - **Antes e Depois da Lei** - Aborda as leis que mudaram a vida dos brasileiros nos últimos 25 anos e como os ministros do STJ decidem questões judiciais com base nessa legislação.

3 - **Artigo 5º** - Programa produzido pela Coordenadoria de Rádio e TV do STJ, aborda as leis que mudaram a vida dos brasileiros nos últimos 25 anos e como os ministros do STJ decidem questões judiciais com base nessa legislação.

4 - **Brasil Eleitor** - Com uma linguagem moderna, simples e dinâmica, o BRASIL ELEITOR tem como foco o cidadão brasileiro: suas escolhas e decisões no processo democrático de votação que muda o curso do País. Levar ao eleitor informação sobre conceitos, leis, decisões e fatos históricos da Justiça Eleitoral é a proposta da revista eletrônica. O Brasil Eleitor acompanha o trabalho dos 27 Tribunais Regionais Eleitorais do País mostrando as inovações adotadas a cada eleição para que o cidadão escolha seus candidatos com rapidez e segurança. Também acompanha os avanços tecnológicos, o cadastramento nacional com a identificação biométrica e as transformações do sistema de votação que torna o Brasil referência mundial.

5 - **Cine Brasil** - O programa Cine Brasil é uma faixa de aproximadamente uma hora para exibição de documentários selecionados em concurso promovido pelo STF.

6 - **Conhecendo o Ministério Público** - É de responsabilidade da Assessoria de Comunicação Social da Procuradoria-Geral da Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. O programa trata de assuntos relacionados à prestação de serviços de interesse geral do cidadão.

7 - **Direito e Literatura** - O programa, produzido pela TV Unisinos - Canal Futura, discorre sobre os enredos e obras literárias para refletir as práticas e teorias jurídicas. Toda semana o programa recebe dois convidados para discutir a narrativa de livros dos mais variados gêneros e autores, desde a leitura técnica até obras populares consagradas.

8 - **Direito Meu Direito Seu** - Revista eletrônica produzida pela Coordenadoria de Rádio e TV do STJ, "Direito Meu Direito Seu" define as relações de consumo, de trabalho, de família e relações sociais. Histórias de brasileiros ilustram a aplicação do Direito em todas as áreas em 25 minutos de produção divididos em três blocos.

9 - **Direito sem Fronteiras** - Espaço exclusivo para o direito internacional e comparado e a diplomacia judicial. O programa debate temas de grande repercussão.

10 - **Direito do Plenário** - Na abertura, o jornalista Carlos Eduardo Cunha e a consultora jurídica Karina Zucoloto detalham os processos previstos na pauta de julgamentos. Reportagens e participações de repórteres ampliam a discussão dos processos julgados nas sessões plenárias do STF.

11 - **Fala Defensor** - O "Fala, Defensor" é o primeiro programa de TV realizado por uma Defensoria Pública e se destina a levar ao público em geral, bem como aos demais operadores do Direito, uma maior gama de informações e pontos de vista desses profissionais sobre Direito, Justiça, instituições jurídicas e judiciais, entidades que operam com a cidadania e o público em geral. A Defensoria Pública possui um enfoque dos problemas jurídicos diferente dos demais operadores do Direito, em face das peculiaridades do perfil de seus assistidos.

**12 - Fórum** - Programa de debates ou entrevistas sobre os mais variados assuntos relacionados à Justiça, com a participação de especialistas do Direito e de outras áreas de atuação.

**13- AGU Brasil** - Dividido em três blocos, o programa tem duração de 25 minutos e reúne notícias sobre a atuação da advocacia pública e os bastidores do trabalho desenvolvido pela instituição, além de receber convidados para debater temas atuais de interesse do Estado e da sociedade.

**14 - Grandes Julgamentos do STF** - No programa Grandes Julgamentos do STF você vai rever as principais decisões tomadas na maior Corte brasileira. Julgamentos que fizeram a história e transformaram a vida do país.

**15 - Hora Extra** - O programa Hora Extra tem viés jornalístico, sendo voltado tanto para o público leigo quanto para o especializado. Em cada edição são incluídas reportagens sobre os fatos e acontecimentos relativos à Justiça do Trabalho, bem como matérias sobre direito dos empregados e empregadores, além de entrevistas com personalidades do universo jurídico.

**16 - Iluminuras** - O Iluminuras é um programa semanal com foco no universo literário. O programa também dedica espaço às pessoas ligadas ao Poder Judiciário apaixonadas por Literatura.

**17 - Inteiro Teor** - Inteiro Teor é uma revista eletrônica produzida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) voltada para a divulgação de ações e decisões judiciais que repercutem no dia a dia de toda a sociedade brasileira. Tribunal de dimensões continentais, uma vez que abrange 80% do território nacional, o TRF da 1ª Região está sediado em Brasília e nele dão entrada, em nível de recurso, processos de abrangência nacional que envolvem órgãos do governo federal, dos Conselhos de Classe e de Agências reguladoras como ANEEL, ANATEL e ANA, entre outras. O programa destaca o quadro “Nos caminhos da Primeira Região”, com a proposta de divulgar contrastes culturais, sociais, étnicos e ambientais da região de abrangência do tribunal.

**18 - Interesse Público** - O programa Interesse Público apresenta a defesa dos assuntos de importância comum de toda a sociedade

brasileira. Além de prestar contas sobre as atribuições do Ministério Público Federal (MPF), definidas pela Constituição Federal, o programa também contribui para formação de uma consciência crítica do cidadão. O Interesse Público mostra a relevância da proteção dos direitos de todos no fortalecimento da democracia. Os assuntos são escolhidos de acordo com o interesse para o público e a atualidade, com atividades e fontes de todas as unidades do MPF no país, respeitando o princípio da presunção de inocência e valorizando a pluralidade de opiniões.

**19 - Jornada** - O Tribunal Superior do Trabalho, em parceria com os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, realiza o programa Jornada. A proposta da produção é fazer, todas as semanas, uma viagem pelo Brasil em busca das melhores práticas e ações que aperfeiçoam os serviços prestados ao cidadão que procura a Justiça do Trabalho. O programa é uma revista eletrônica com reportagens especiais e quadros que enfatizam projetos nacionais (Trabalho Seguro, Efetividade da Execução Trabalhista, Combate ao Trabalho Infantil e PJe-JT), as principais decisões e projetos dos Tribunais e Varas do Trabalho e atividades artísticas e culturais. A criação do Jornada leva em conta objetivos estratégicos da Justiça do Trabalho, como aprimorar a comunicação com os públicos interno e externo; fortalecer a imagem institucional da Justiça do Trabalho; promover a cidadania, a responsabilidade socioambiental, o alinhamento estratégico e a integração de todas as unidades da Justiça do Trabalho; e aproximar a Justiça do Trabalho do cidadão.

**20 - Jornal da Justiça** - Um jornal diário com entrevistas, reportagens, debates, prestação de serviços, quadros especiais e as principais notícias e decisões do Judiciário brasileiro.

**21 - Justiça e Cidadania** - O programa tem o objetivo de informar sobre decisões e sobre atividades voltadas para a cidadania e assuntos jurídicos do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 14ª Região, com jurisdição nos estados do Acre e de Rondônia.

**22- Justiça e Trabalho** - Programa do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 21ª Região/Rio Grande do Norte, produzido pela Assessoria

de Comunicação Social. Exibe reportagens, debates e entrevistas, sempre com temas ligados à Justiça e à Cidadania. Tem por objetivo divulgar para todas as camadas da sociedade as atividades, as ações e os serviços prestados pelo TRT da 21ª Região no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte e de todo o País.

**23 - Justiça do Trabalho na TV** - O Justiça do Trabalho na TV, produzido pela Assessoria de Comunicação Social do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT-SC), é o programa de entrevistas mais antigo da TV Justiça. Exibido desde 2002, discute temas relacionados ao mundo do trabalho. Magistrados, procuradores, advogados, professores, profissionais da saúde, pesquisadores e líderes sindicais estão entre os entrevistados. Os assuntos giram em torno de legislação trabalhista, saúde do trabalhador, mercado de trabalho, regulamentação profissional, estudos avançados em matéria trabalhista, entre outros.

**24 - Justiça para Todos** - Realizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, o programa mostra os fatos que movimentam a Justiça Federal e a população brasileira. É um espaço para divulgar a atuação da Justiça Federal. No formato de uma revista eletrônica, o Justiça para Todos conta com reportagens e entrevistas em linguagem simples com o objetivo de atingir todos os cidadãos.

**25 - Justiça em Questão** - O Justiça em Questão é um programa que busca estabelecer um canal direto de comunicação entre o Poder Judiciário e a sociedade. Esclarece pontos e conceitos essenciais ao funcionamento da Justiça, muitas vezes desconhecidos e estranhos aos cidadãos. Também incentiva a cidadania, responde as dúvidas dos telespectadores, tanto relacionadas à Justiça quanto voltadas para os direitos ou que afetem suas vidas de alguma forma. O Justiça em Questão é produzido pela Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

**26 - Justiça Legal** - O programa Justiça Legal busca informar aos operadores do Direito e ao público em geral as decisões judiciais e administrativas mais relevantes do Judiciário de Santa Catarina, procurando abordar questões atuais e que tenham

impacto sobre a sociedade de forma geral. Mescla reportagens e entrevistas num programa semanal com duração de trinta minutos. Há preocupação em apresentar as matérias com viés pedagógico, para tornar mais acessíveis as decisões judiciais e suas implicações no cotidiano da população.

**27 - Justiça seja Feita** - Decisões paradigmáticas e práticas inovadoras do Judiciário brasileiro. Sentenças e acórdãos de tribunais de todo país que mudaram a vida dos brasileiros e projetos da Justiça para o desenvolvimento social e promoção da cidadania.

**28 - Meio Ambiente por Inteiro** - O programa Meio Ambiente por Inteiro traduz os conceitos legais e deixa você por dentro de tudo o que acontece no direito ambiental.

**29 - MP Cidadão** - O MP Cidadão nasceu com o objetivo de aproximar o cidadão comum do Ministério Público e de todo o universo jurídico. No ar há quatro anos, o programa já discutiu temas como crimes ambientais, aborto, adoção, investigação de paternidade, pirataria na informática, planos de saúde, crimes raciais, cartão de crédito e guarda compartilhada, entre outros. A pauta apresentada pelo programa é discutida por uma equipe formada por jornalistas, advogados e promotores, sob a direção da jornalista Márcia Jakubiak. O programa conta com a participação de convidados não só do Ministério Público, mas também das demais áreas do direito e ainda de diferentes segmentos da sociedade. Apresentado pelo advogado e jornalista José Fernandes Júnior, o MP Cidadão existe graças a uma importante parceria entre Ministério Público do Rio de Janeiro e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

**30 - OAB Nacional** - Um programa voltado para estudantes universitários, advogados, operadores do Direito e sociedade em geral. Abordagem de temas nacionais como Direitos Humanos, Mercosul, Legislação Processual, Relações Internacionais, Processo Eleitoral, corrupção, Advocacia Pública, defesa e valorização da advocacia, e assuntos referentes ao Legislativo e ao Executivo. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, representado pelos vinte e seis estados da Federação e pelo Distrito Federal, destaca em seu programa as decisões

da entidade, com opiniões, entrevistas e trechos dos principais debates apresentados mensalmente durante as sessões plenárias.

31 – **OAB Entrevistas** - O OAB Entrevistas é um programa, que apresenta ao público um debate com temas atuais de interesse da sociedade, com opinião de juristas, especialistas e mestres do direito.

32 – **Ordem do Dia** - Fruto da parceria entre OAB SP e a Fundação Padre Anchieta, o programa Ordem do Dia gira em torno de cidadania e Justiça, com entrevistas e reportagens apresentadas nos quadros 'Ponto de Vista', 'Liberdade de Expressão', 'Fique por Dentro', 'Meu Direito', 'Fora de Ordem' e editorial.

33 - **Pensamento Jurídico** - O Pensamento Jurídico é uma produção da Associação dos Magistrados Mineiros e tem como objetivo o debate de questões relevantes tanto para o mundo jurídico quanto para a sociedade. Sempre pautado na atualidade e discutindo assuntos diversos a cada semana, o programa visa a aproximar o cidadão do universo jurídico e informá-lo de seus direitos e deveres. Difundir a cultura é outra função do Pensamento Jurídico. Gravado em galerias de arte, museus ou pontos turísticos de Belo Horizonte, o programa procura estimular o interesse por temas como arte, história e lazer.

34 – **Perspectiva** - Com um cenário inovador e intimista, o Perspectiva debate temas de relevância jurídica com especialistas em Direito. O programa é dividido em três blocos.

35 - **Plenárias** - No programa Plenárias você vai ver um resumo do que aconteceu nas sessões do Supremo Tribunal Federal. E saber como essas decisões vão repercutir no dia a dia dos cidadãos brasileiros.

36 - **Reflexões** - Programa de debate sobre os mais diversos assuntos, à luz do Direito. O mais novo programa da TV Justiça é apresentado pelo jurista André Ramos Tavares e pela consultora jurídica da TV Justiça, Gisele Reis. Eles recebem, em cada edição, autoridades no tema em pauta e também comentam os assuntos abordados.

37- **Refrão** - O programa recebe artistas de destaque. Registros artísticos permitem ao público de todas as gerações conhecer o trabalho de construção da cultura brasileira. O programa aborda os mais diversos gêneros musicais, tendências e estilos.

38 - **Repórter Justiça** - O Repórter Justiça apresenta assuntos de interesse da população brasileira. O programa busca aproximar o telespectador de seus direitos, aprofundando o conteúdo sem dificultar o entendimento.

39 - **Revista TST** - O programa Revista TST destaca os principais julgamentos e ações do Tribunal Superior do Trabalho. Editado na forma de revista eletrônica, o programa também aborda os direitos trabalhistas de maneira interativa, com quadros e entrevistas especiais. O programa é uma produção da Coordenadoria de Rádio e TV do TST.

40 - **Saber Direito Aula** - Saber Direito Aula apresenta cursos semanais sobre os mais diversos assuntos referentes ao direito. A programação tem o objetivo de aprofundar o conhecimento jurídico de estudantes e profissionais da área, promover discussões de forma didática, além de esclarecer os cidadãos sobre seus direitos, leis, justiça e conteúdos jurídicos pouco difundidos.

41 - **Saber Direito Responde** - Promover discussões de forma didática e acessível. Esse é o foco do programa Saber Direito Responde. O cenário possui estrutura de uma sala de aula para possibilitar a integração entre aluno e o professor.

42 - **Saber Direito Debate** - O programa Saber Direito Debate tem como propósito criar um espaço de reflexão onde os professores manifestam suas opiniões sobre temas relacionados à experiência como docente e o dia a dia do mundo jurídico.

43 - **Sergipe Justiça** - O programa Sergipe Justiça é semanal, tem meia hora de duração e formato de telejornal. As matérias abordam temas diversos: Como funciona a Justiça, o desenvolvimento de projetos voltados à celeridade processual e a cobertura de eventos e julgamentos célebres. É proposta do programa servir como via alternativa de prestação de serviços, divulgação de formas de acesso ao Judiciário e de noções de cidadania. O programa apresenta os quadros “Nossas Leis”, “Grandes Juristas Sergipanos” e “Juridiquês», com o objetivo de divulgar o conhecimento sobre a Constituição Federal e outras leis, biografias de juristas notáveis e facilitar a linguagem jurídica para o cidadão comum

**44 - Sessão Plenária TSE** - As transmissões da Sessão Plenária do TSE acontecem ao vivo, diretamente da Corte Eleitoral, sempre às terças e quintas-feiras, a partir das 19 horas. Apresentada pelo jornalista Rimack Souto, a abertura da transmissão tem a participação de um especialista em Direito Eleitoral, que traz detalhes sobre os principais processos da pauta de julgamentos.

**45 - Sessão TST** - O Sessão TST traz um resumo com os principais momentos da Subseção Dois Especializada em Dissídios Individuais do TST (SDI-2). O programa também mostra o que foi destaque na pauta de julgamentos da Subseção Um de Dissídios Individuais do TST

**46 - STJ Notícias** - O STJ Notícias nasceu a partir das redes sociais. O programa traz as principais decisões do Superior Tribunal de Justiça e a repercussão que elas tiveram ao longo da semana na web. Com uma linguagem simples e moderna, a atração também tira dúvidas dos internautas. Não perca!

**47 - Tempo e História** - A série de documentários “Tempo e História” apresenta, a cada episódio, uma personalidade marcante do direito. Além dos fatos que delinearão sua biografia, especialistas destacam ideias e valores que levaram a personalidade em destaque a uma trajetória brilhante.

**48 - TJTV o Judiciário e Você** - Programa jornalístico que divulga decisões judiciais, ações e projetos do judiciário potiguar, com foco na prestação de serviço ao cidadão. O Justiça e Você é um programa criado e produzido pela Secretaria de Comunicação Social do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

**49 - Trabalho Legal** - A proposta do Trabalho Legal é facilitar o entendimento das regras do mundo do trabalho. O programa, produzido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), aborda situações da atualidade que possam exemplificar eventual desrespeito ao cidadão trabalhador e indica os caminhos para solucionar tais problemas, como apresentação de denúncia ao MPT. Aos empregadores, o Trabalho Legal mostra como a regularização da conduta pode evitar

futuros problemas com a Justiça. Os temas principais são combate ao trabalho escravo, ao trabalho infantil, à discriminação, às irregularidades na administração pública e à defesa do meio ambiente e da regularização do trabalho mediante assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

**50 - TRT das Gerais** - Com meia hora de duração, o programa divulga atos e decisões desse Tribunal, com o objetivo de aproximar a Justiça do Trabalho de Minas Gerais do cidadão e dar mais transparência às ações da instituição.

**51 - Via Justiça** - O Via Justiça é um programa produzido pela Associação dos Magistrados Mineiros em parceria com a TV Assembleia de Minas. A cada programa, um tema de interesse do mundo jurídico e dos cidadãos é selecionado e levado a debate com estudiosos do assunto. Temas diversos passam pela discussão do Via Justiça, que abre espaço para magistrados, professores, promotores, advogados, estudantes e, o mais importante, para todos os cidadãos.

**52 - Via Legal** - O Via Legal é produzido pelo Centro de Produção de Programas da Justiça Federal para Televisão (CPJus) em parceria com Superior Tribunal de Justiça (STJ), Conselho da Justiça Federal (CJF) e os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) do País. Trata-se de uma revista eletrônica voltada para a cobertura das medidas da Justiça Federal (JF) em todo o Brasil. Cada edição reúne matérias produzidas nas diferentes regiões, mesclando diversos sotaques com um mesmo objetivo: aproximar o cidadão da realidade e do cotidiano do Judiciário, utilizando linguagem simples e de fácil entendimento para explicar conceitos de Direito e o funcionamento da Justiça Federal ao público que não integra o meio jurídico. ”

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES, Rodrigo. Supremo se fecha após desgastes e traumas do julgamento do Mensalão. Disponível em [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122\\_202920.html#juridico](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/01/13/politica/1421161122_202920.html#juridico). Acesso em: 30 de jul. de 2015.

---

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

FONTE, Felipe de Melo. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. In: Revista Consultor Jurídico, 20 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. TV Justiça e a exibição de julgamentos pelo STF. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/segunda-leitura-tv-justica-exibicao-julgamentos-supremo>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia. Trad.: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

JASANOFF, Sheila. Science at the bar: law, Science, and technology in America. A Twentieth Century Fund book, 1997.

LATOUR, Bruno. Ciência em Ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. São Paulo: Vunesp, 2000.

\_\_\_\_\_. The making of law: an ethnography of the Conseil d'état. Cambridge: Polity, 2010.

\_\_\_\_\_. How to talk about the body? The normative dimension of science studies. In: Body and Society. Vol. 10, numbers 2/3 pp. 205-229 (2004).

PINHO, Débora. TV Justiça se consolida como canal do judiciário em quase dois anos. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv\\_justica\\_consolida\\_canal\\_prestacao\\_servicos?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2003-dez-03/tv_justica_consolida_canal_prestacao_servicos?pagina=2)

VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. In: Revista Consultor Jurídico, edição de 1/02/2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 30 de jul. de 2015.

VIANNA, Luiz Werneck[et al.]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MACHADO, Joana de Souza. Luz, câmara, jurisdição: tecnologia de comunicação e o mito da justiça transparente no Brasil. In: Boletim Cedes, julho-setembro/2014. Disponível em: [http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/julho\\_2013/Artigo%20-%20Joana%20de%20Souza%20Machado.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/julho_2013/Artigo%20-%20Joana%20de%20Souza%20Machado.pdf). Acesso em: 30 de jul. de 2015.

---

# *ORÇAMENTO PÚBLICO, AJUSTE FISCAL E ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL*

---

*Jessé Torres Pereira Junior - Desembargador do TJRJ. Professor coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola de Direito-Rio, da Fundação Getúlio Vargas*

*Thaís Boia Marçal - Advogada. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela UERJ*

**Resumo** - O estado pós-moderno compromete-se a efetivar os direitos fundamentais que a Constituição assegura aos cidadãos, sem exclusão, entre eles o direito à boa administração pública. É instrumento de conformação desta, no direito público contemporâneo brasileiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja edição completa 15 anos e em face da qual se promovem ajustes conciliadores das leis orçamentárias com a realidade socioeconômica em permanente mutação. Ajustes que devem resultar do diálogo entre as instituições representativas da sociedade, de sorte a conduzir a escolhas que serão tanto mais eficientes quanto pautadas na consensualidade.

**Palavras-chave:** Orçamento público. Ajuste fiscal. Administração pública dialógica. Lei de Responsabilidade Fiscal.

## **INTRODUÇÃO**

Exsurge, nos últimos trinta anos, o estado pós-moderno, gerencial, mediador e garantidor. Estado jungido ao respeito pela dignidade da

pessoa humana<sup>1</sup>, tangido pela efetivação dos direitos fundamentais<sup>2</sup>, entre os quais o direito à boa administração pública<sup>3</sup>.

No cenário da pós-modernidade, cumprem nodal importância a discussão, a elaboração e o cumprimento das leis orçamentárias, na qualidade de instrumento destinado a viabilizar o desempenho das funções estatais.

Sobrevindo retração econômica, reclama-se da gestão estatal a promoção de ajustes fiscais, com o fim de viabilizar o manejo do orçamento de molde a atender à conjuntura, sem extrapolação dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

O desafio desses ajustes estará em identificar escolhas que satisfaçam a lógica da boa governança, o que demanda diálogo institucional entre os poderes executivo e legislativo em busca de soluções pautadas pela consensualidade, cuja origem estará, porém, na sociedade e não, apenas, na interpretação que dela fazem os agentes políticos, segundo suas próprias conveniências.

---

<sup>1</sup> Dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62. Ana Paula de Barcellos ressalta, ainda, que “o efeito pretendido pela dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora este efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas, sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 368.

<sup>2</sup> A expressão “direitos fundamentais” é desenvolvida na cultura jus política alemã, que demonstra a intenção de conferir a tal categoria de direitos fundamentação transcendente. A doutrina francesa denomina tais direitos como liberdades públicas, na busca de enaltecer o caráter limitador da potestade estatal. A doutrina anglo-saxônica prefere direitos civis (civil rights), com o fim de reforçar a sua vinculação com a temática da cidadania e de seu reconhecimento no âmbito da esfera pública (civitas). Cf.: GOUVÊA, Marcos Maseli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 220.

<sup>3</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coords.). Direito Administrativo e Democracia Econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 293.

## 2. ORÇAMENTO PÚBLICO

### 2.1. Conceito

Nos estágios do estado liberal (*gendarme*) e do estado do bem-estar (*welfare*), o orçamento público relacionava receitas<sup>4</sup> e despesas, ou seja, estimativa das primeiras e fixação das segundas<sup>5</sup>, a cada ano, constituindo o marco delimitador da atividade financeira do estado no período de sua respectiva vigência<sup>6</sup>.

A concepção persiste como conceito básico, mas deve ser coadunada com a noção de que se trata de instrumento utilizado pelo governo para atingir metas traçadas em plano de gestão<sup>7</sup>, inferido como instrumento de controle político das atividades governamentais<sup>8</sup>.

Com o crescimento do *Welfare State*, no pós-guerra do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas dá lugar a considerações mais amplas<sup>9</sup> a respeito da função social do orçamento público. Nasce o chamado “orçamento-programa”, por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento do programa de governo para cada período orçamentário, levando-se em conta as perspectivas de médio e longo prazos, a constituir um instrumento de planejamento<sup>10</sup>.

Élida Graziane Pinto<sup>11</sup> dá um passo adiante e pondera que “falar em controle das contas públicas é tratar – pela interface da previsão orçamentária e da efetiva alocação de recursos financeiros – do custeio

---

<sup>4</sup> Para Eduardo Mendonça “soa razoável que o Estado, em princípio, só arrecade coativamente aquilo que for necessário” - Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 644.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Hermes Laranja. Uma visão crítica do orçamento participativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo. Revista Ibero-americana de Direito Público, nº 6, 2001, p. 16.

<sup>7</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 34.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>9</sup> CORREIA NETO, Celso de Barros. Orçamento Público: uma visão analítica. Disponível em [http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof\\_2010/monografias/tema\\_2\\_3%C2%BA\\_monografia\\_celso\\_de\\_barros.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/sof/sof_2010/monografias/tema_2_3%C2%BA_monografia_celso_de_barros.pdf). Acesso em 28/09/2011, p. 12.

<sup>10</sup> GIACOMONI, James. Orçamento Público. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33.

<sup>11</sup> PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010, p. 83-84.

de políticas públicas... cumpre não perder de vista que o orçamento é, além de instrumento de controle, uma peça imprescindível de planejamento e definição das prioridades do Estado. As políticas públicas integram o núcleo normativo definidor das atividades-fim do Estado. São, em última instância, a representação – organizada em diretrizes gerais e dentro de projetos e atividades – das funções constitucionalmente atribuídas à Administração Pública. Exemplo disso são os deveres de segurança pública, de saúde, de educação, de proteção ao meio ambiente, de tutela à criança e ao adolescente, de garantia da estabilidade da moeda e das relações econômicas etc. Certo é que o Estado se desincumbe de tais deveres por meio de estruturados planos de ação governamental, aos quais podemos individualmente chamar, grosso modo, de política pública. Em se considerando que o regime de orçamentação adotado no Brasil é o de orçamento-programa (de acordo com o art. 22, IV, da Lei nº 4.320/1964), tem-se que o conceito de política pública envolve o desempenho de programas de trabalho nas mais diversas funções sob incumbência do Estado (como são a função de acesso à justiça, a legislativa, a de educação, a de saúde etc.). Os programas de trabalho, por seu turno, pressupõem a interação dinâmica de meios de que o Estado dispõe (no que se incluem pessoal, bens, verbas, prerrogativas e processos) para o cumprimento de determinadas finalidades públicas. Não se trata apenas de planejar a ação estatal, mas de assegurar a sua consecução, dentro das metas físicas e financeiras inscritas na lei de orçamento”.

O orçamento-programa, como instrumento de planejamento<sup>12</sup>, permite identificar o rol de projetos e atividades que o governo pretende realizar e, em alguns casos, identificar os objetos, as metas e os resultados esperados<sup>13</sup>, gerando influência direta na economia do país na medida em que traduz a execução de planos e projetos voltados para o desenvolvimento<sup>14</sup> da comunidade<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> O planejamento deve ser compreendido como uma aglomeração de múltiplas atividades, incluindo análises socioeconômicas, definição de metas, apresentação de premissas, estudos, seleção e escolha final de cursos de ação, orçamento, programação de trabalhos, instituição de normas e métodos, medidas dos resultados, em quantidade e qualidade e revisão contínua dos planos. Cf. NASCIMENTO, João Alcides do. O papel do orçamento público no processo de planejamento da ação política. Energia, entropia e informação, fatores a considerar. Revista da ESG, volume IX, nº 25, ano 1993, p. 24.

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do, op. cit., p. 12.

<sup>14</sup> Ao incorporar o sistema de planejamento, o orçamento deve definir a política econômica, e não o contrário. Cf. SABBAG, César. Orçamento e Desenvolvimento – Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 264.

<sup>15</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 41.

Programa é o instrumento de organização da ação governamental, daí o orçamento público passar a instrumento de programação da ação governamental<sup>16</sup> ao articular um conjunto de ações para cumprir objetivos predeterminados, mensurados por indicadores estabelecidos em plano plurianual comprometido com o atendimento a necessidades ou demandas da sociedade.

Assim, o desafio atual das nações soberanas é o da persecução mais eficaz de domar os gastos públicos, redirecionando-os à execução das políticas públicas legitimadas no texto das Constituições e de leis a elas complementares<sup>17</sup>.

## **2.2. Despesa pública: implementação de direitos fundamentais**

A despesa pública é o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, cumpre finalidades e atinge objetivos. Do ponto de vista formal, as despesas públicas deverão estar previstas no orçamento, nos termos constitucionais e legais, devendo o seu conteúdo vincular-se, juridicamente, às prioridades eleitas pelo constituinte originário<sup>18</sup>.

A cidadania fiscal abrange, em seu sentido amplo, além da problemática da receita, os aspectos mais largos da cidadania financeira, que, vertente da despesa pública, envolve as prestações positivas de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos sociais, segundo as escolhas orçamentárias<sup>19</sup>.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais pressupõe a definição, pelos poderes executivo e legislativo, dos instrumentos de deliberação sobre verbas necessárias e suficientes para a consecução das políticas públicas<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> SILVA, Guilherme Amorim Campos da; TAVARES, André Ramos. Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, nº 3, 1995, Rio de Janeiro, p. 119-120.

<sup>17</sup> Adota-se o conceito de políticas públicas proposto por Maria Paula Dallari Bucci, de modo a entendê-las como “programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para realização de objetivos socialmente e politicamente relevantes”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

<sup>18</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 647.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 646.

<sup>20</sup> MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, custos e escolhas orçamentárias: em busca de parâmetros constitucionais*. Disponível em [http://www.oab.org.br/ena/pdf/Clara\\_CardosoMachado\\_DireitosFundamentaisSociais.pdf](http://www.oab.org.br/ena/pdf/Clara_CardosoMachado_DireitosFundamentaisSociais.pdf). Acessado em 25/05/2015.

A escassez de recursos em face de necessidades complexas e de grande porte reclama eficiência na avaliação da tormentosa conciliação entre resultados a alcançar e recursos finitos, relação instigante das chamadas “escolhas trágicas” com que se defrontam os poderes públicos, inclusive o Judiciário, quando chamados a estabelecer prioridades, definir deveres jurídicos, configurar inadimplementos e ordenar investimentos. Em outras palavras, trata-se de representar as realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente<sup>21</sup>.

Com a avaliação da eficiência do ato aperfeiçoado ou da política pública implementada, procura-se analisar o grau com que os objetivos e as finalidades do governo (e de suas unidades) foram alcançados. Trata-se, então, de medir o progresso alcançado, se é que o foi, dentro da programação governamental<sup>22</sup>.

Tal eficiência deve ser entendida de forma ampla,<sup>23</sup> a orientar toda e qualquer atuação da pública administração, não se limitando à sua função administrativa.

### **3. Lei de Responsabilidade Fiscal**

O art. 165, § 9º, da Constituição remete à lei complementar a matéria versada nos incisos I e II: “dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual” e “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e o funcionamento de fundos”.

Eis a raiz da Lei Complementar nº 101. Houve demora dos poderes Legislativo e Executivo na elaboração do projeto que cumpriria o que a Constituição de 88 prometia, ainda que abreviado por força, como notório, de pressão internacional para que estados em dificuldades no equilíbrio entre receita e despesa de seus orçamentos nacionais se ajustassem

---

<sup>21</sup> GIACOMONI, James. Op. cit., p. 309.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 310.

<sup>23</sup> CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 179.

à responsabilidade fiscal, proposta que circulava no cenário financeiro internacional desde o início da década de 1990, tanto que a Nova Zelândia inaugurou o ciclo ao aprovar a sua lei de responsabilidade fiscal em 1994<sup>24</sup>. O modelo neozelandês foi instituído por incentivo da OCDE e importado pelo Brasil em suas linhas gerais<sup>25</sup>.

Segundo José Maurício Conti<sup>26</sup>, a Lei de Responsabilidade Fiscal foi um marco para o Direito Financeiro, pois regulamentou o artigo 163 da CR/88, que exige lei complementar para estabelecer normas gerais de finanças públicas. É “divisor de águas” entre o período que a antecedeu, marcado por forte inflação e descontrole de contas públicas, e o que a sucedeu, quando esses problemas foram submetidos a controle.

Para Ives Gandra Martins, a Lei Complementar nº 101/2000 representa o mais avançado instrumento legislativo da história brasileira para controle dos orçamentos<sup>27</sup>.

### **3.1. Concretização do direito fundamental à boa gestão pública**

A gestão pública transforma-se ao longo dos últimos anos. Deve passar a pautar-se pelo efetivo atendimento às demandas da sociedade, em perfeita consonância com as premissas da Constituição da República<sup>28</sup>. Daí a exigência de paradigmas mais gerenciais e transparentes.<sup>29</sup> Surge a proposta de governança pública, na qual a sociedade possa ter conhecimento e cobrar as definições das despesas governamentais,

---

<sup>24</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001, p. 63.

<sup>25</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 281-283.

<sup>26</sup> CONTI, José Maurício. Irresponsabilidade fiscal ainda persiste, 15 anos após a publicação da lei. Revista Consultor Jurídico, 7 de abril de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/contas-vista-irresponsabilidade-fiscal-persiste-15-anos-publicacao-lei>. Acesso em 10/6/2015.

<sup>27</sup> MARTINS, Ives Gandra. Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 165.

<sup>28</sup> CAMARGO, Guilherme Bueno de. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 783.

<sup>29</sup> SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 930.

assegurando-se de que a entrega do serviço ou do bem público desejado se faz segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes<sup>30</sup>.

A adoção de práticas de governança corporativa pela administração pública se recomenda como ferramenta capaz de aproximar o cidadão do estado, democratizando a sua participação nas questões que o afetam<sup>31</sup>. Ou seja, a gestão financeira do estado deve conciliar eficiência econômica e exercício da democracia<sup>32</sup>.

Outro ângulo sob o qual se deve entender o planejamento “determinante para o setor público” (CR/88, art. 174) é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Traduzindo este, como traduz, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do poder político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os

---

<sup>30</sup> SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 930.

<sup>31</sup> CAMARGO, Guilherme Bueno de. Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 769.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 770.

inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsiva e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que assim ocorra: a sociedade brasileira há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza nossa cultura desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social - seja qual for a natureza dessa hierarquia - e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de qualquer sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se elege, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: não há espaço para o mérito nessa relação, só para o interesse egoístico. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários, além de transferir ou elidir responsabilidades.

De modo a atender ao planejamento e à execução orçamentária, a LRF estabeleceu para o administrador público e para o cidadão um novo marco de governança republicana, exigindo transparência e ampla divulgação das informações e relatórios, inclusive em meio eletrônico de acesso público, incentivo à participação popular e a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle<sup>33</sup>.

### **3.2. Ajuste fiscal como forma de planejamento e de respeito à gestão consequente**

*“A ação do poder público vincula-se ao conjunto de instrumentos que norteia o planejamento governamental, delineada em normas*

---

<sup>33</sup> Ibidem, p. 773.

*jurídicas estruturadas em sintonia com o texto constitucional. São eles o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Nesta estão compreendidos o orçamento fiscal, o da seguridade social e o de investimentos. Com isso, o estado ordena suas atividades, bem como estabelece prioridades na persecução de seus objetivos primordiais*<sup>34</sup>.

Na sistemática da LRF, ressalta Moacir Marques da Silva<sup>35</sup>, o planejamento governamental compreende o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, como forma, respectivamente, de planejamento estratégico<sup>36</sup>, tático<sup>37</sup> e operacional<sup>38</sup>.

Os desequilíbrios da gestão estatal – prioridades indefinidas ou mal definidas, decisões açodadas, desconsideração dos riscos inerentes à atividade, comprometimentos de recursos para finalidades pouco ou nada estruturadas, ensejando desvios e malversações -, lesivos àquela consecução dos planos orçados, são o autorretrato da sociedade brasileira<sup>39</sup>, que, ao encaminhar cidadãos a cargos e funções públicos, deles não exige preparo para bem planejar antes de decidir, nem para identificar as causas antes de contentar-se em atacar os efeitos. Produzem respostas paliativas e inconsistentes, que se esmaecem no curto ou médio prazo, tornando crônicos os problemas e insuficientes ou desbaratados os meios orçamentários disponíveis ou mobilizáveis.

<sup>34</sup> NASCIMENTO. Carlos Valder do. Arts. 1º a 17, da Lei Complementar n. 101. In: MARTINS, Ives Gandra; NASCIMENTO. Carlos Valder do. Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

<sup>35</sup> SILVA, Moacir Marques da. A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 764.

<sup>36</sup> Nas palavras de Osvaldo Maldonado Sanches, planejamento estratégico significa “aquilo que é relativo à estratégia, ou seja, à criação de condições favoráveis para realização dos grandes objetivos da instituição.”. Cf. SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins. Brasília: Prisma, 1997, p. 190.

<sup>37</sup> Significa o “processo de detalhamento das ações e dos meios necessários para a implementação das ações que levem ao atingimento das metas atribuídas às unidades funcionais de um órgão ou instituição, dentro de um prazo determinado”. Cf. SANCHES, op. cit., p. 190.

<sup>38</sup> Traduz-se na “modalidade de planejamento voltada para assegurar a viabilização dos objetivos e metas dos planos a longo prazo e para a otimização do emprego de recursos num período determinado de tempo”. Cf. SANCHES, op. cit., p. 190.

<sup>39</sup> Tal realidade não pode ser imputada tão somente ao Brasil, constituindo tendência internacional, conforme se pode depreender da leitura do seguinte pensamento de Zygmunt Bauman: “Vivemos a crédito: nenhuma geração passada foi tão endividada quanto a nossa – individual e coletivamente (a tarefa dos orçamentos públicos era o equilíbrio entre receita e despesa; hoje em dia, os ‘bons orçamentos’ são os que mantêm o excesso de despesas em relação a receitas no nível do ano anterior.” Cf. BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 16.

Nesse panorama, surge a chamada crise fiscal, definível como o desequilíbrio administrativo-orçamentário causado pela desproporção entre os valores recolhidos pelos cofres públicos e os desembolsados<sup>40</sup>. A crise fiscal mantém íntima relação com a dimensão do estado em si<sup>41</sup> e de suas atividades<sup>42</sup>.

O desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da federação brasileira radica nas deficiências do planejamento governamental e prossegue pela via das más práticas orçamentárias, quadro que não é desconhecido da experiência europeia, na qual, em certa medida, o quadro da qualidade das finanças públicas apresenta, conforme ressaltado por João Ricardo Catarino<sup>43</sup>, os seguintes pontos nodais: (i) composição e eficiência das despesas públicas; (ii) estrutura e eficiência do sistema de receitas; (iii) gestão orçamental; (iv) dimensão das administrações públicas; (v) políticas públicas financeiras que influenciam o funcionamento dos mercados; (vi) ambiente empresarial global.

Reconhece-se que, mesmo em casos de orçamentos bem elaborados, o surgimento de despesas imprevistas provoca desequilíbrios nas contas públicas, prejudicando a consistência fiscal. É nesse contexto que a LRF obriga a elaboração de anexos de riscos fiscais, nos quais devem ser avaliados e quantificados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas. Daí a relevância de providências a serem adotadas, em caso de materialização desses riscos<sup>44</sup>.

Orçamento realista e efetivo será, antes de tudo, um instrumento de concretização e harmonização das escolhas políticas, além de constituir fórum privilegiado para a fiscalização social do Estado<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Não se desconhece a incidência de outros fatores, tais como crises internacionais, juros dos empréstimos internacionais, corrupção, desvios, entre outros.

<sup>41</sup> Faz-se menção ao item deste estudo dedicado ao aumento das funções estatais.

<sup>42</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 137.

<sup>43</sup> CATARINO, João Ricardo. Processo orçamental e sustentabilidade das finanças públicas: o caso europeu. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 787.

<sup>44</sup> FIGUERÊDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 40.

<sup>45</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 640-641.

O planejamento deve abrir e racionalizar a rota de realização das políticas públicas, na medida em que estas visualizam objetivos, preveem comportamentos e definem metas<sup>46</sup>, o que se conjuga com o principal objetivo do planejamento, que é a concretização máxima dos objetivos constitucionais.

A efetividade financeira da cidadania e dos direitos sociais cumpre processo gradual e contínuo de planejamento, alocação e gestão de recursos para o financiamento de políticas públicas. Estas, desde a agenda de seus temas até a sua avaliação, circulam pelo espaço público democrático, onde a autonomia privada e os deveres públicos podem e devem ser compatibilizados mediante ações e decisões coletivas em busca da “sociedade bem ordenada”. Esta se mostra compatível com os objetivos republicanos, em especial a solidariedade, nos termos do artigo 3º, I, da CR/88, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>47</sup>.

O planejamento foi introduzido na legislação brasileira, inicialmente, com a Lei nº 4.320/1964, que instrumentalizou os denominados orçamentos-programa<sup>48</sup> da administração<sup>49</sup>.

Na presente quadra, diante do cenário admitido pelo governo brasileiro, mostra-se imperiosa a necessidade de um ajuste fiscal. Contudo, há que se destacar, nas palavras de José Marcos Domingues<sup>50</sup>, que a necessidade de adequação de prioridades consoante os valores constitucionais deve induzir, também, o planejamento de investimentos indutores do desenvolvimento socioeconômico da população, a ensejar: mais geração e recirculação de bens e serviços; otimização da estrutura e custeio da administração pública para servir; eficiente gestão do gasto público, que deve ser equitativo para ser profícuo; consequente redução e redistribuição da carga tributária, que não pode beirar o confisco e se realimentar da regressividade fiscal.

---

<sup>46</sup> TIMM, op. cit., p. 59.

<sup>47</sup> MACEDO, Marco Antônio Ferreira. A reconstrução republicana do orçamento: uma análise crítico-deliberativa das instituições democráticas no processo orçamentário. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob orientação do professor Dr. Ricardo Lobo Torres, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público. Rio de Janeiro, 2007, p. 56-57.

<sup>48</sup> Acerca do tema “orçamento-programa”, confira-se o item 1.1 deste estudo.

<sup>49</sup> DIAS, Francisco Mauro. Visão global da Lei de Responsabilidade Fiscal. Revista da EMERJ, v. 5, ano 17, 2002, p. 112.

<sup>50</sup> DOMINGUES, José Marcos. Ajuste fiscal deve se adequar às prioridades previstas na Constituição. Revista Consultor Jurídico, 20 de maio de 2015.

O planejamento deve apresentar-se como o primeiro passo do ciclo da gestão, em sua acepção técnico-administrativa de gerir meios para a consecução de resultados do interesse da organização, seja esta uma sociedade empresarial privada (movida pelo lucro que a mantenha) ou uma entidade pública (impulsionada pelo interesse público que lhe cumpre atender). Lançando olhar prospectivo sobre o conceito, Peter Drucker<sup>51</sup> descortinava que:

*“O centro de uma sociedade, economia e comunidade modernas não é a tecnologia, nem a informação, tampouco a produtividade. É a instituição gerenciada como órgão da sociedade para produzir resultados. E a gerência é a ferramenta específica, a função específica, o instrumento específico para tornar as instituições capazes de produzir resultados. Isto, porém, requer um novo paradigma gerencial final: a preocupação da gerência e sua responsabilidade é tudo o que afeta o desempenho da instituição e seus resultados, dentro ou fora, sob o controle da instituição ou totalmente além dele”.*

No caso brasileiro, é preciso aperfeiçoar o planejamento da ação governamental, a fim de que os recursos necessários ao êxito na execução dos objetivos do estado sejam despendidos em plena atenção à *accountability*. Em outras palavras, significa a necessidade de gastar da melhor forma possível<sup>52</sup> e prestar contas de forma ampla e aberta, a induzir a redução de fraudes e corrupção de agentes públicos e privados<sup>53</sup>.

## 4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

### 4.1. Conceito

A relação entre a administração pública e o cidadão ganha peculiares contornos no estado democrático de direito, para além do modelo de reforma administrativa gerencial<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> DRUCKER, Peter. Desafios Gerenciais para o Século XXI, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 41.

<sup>52</sup> A este respeito vale menção a teoria da moralidade incompleta, que destaca a eficiência estatal quando se trata de arrecadação tributária, sem a necessária parcimônia na realização das despesas públicas. Cf. FIGUEREDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 27.

<sup>53</sup> ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no estado contemporâneo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 597.

<sup>54</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma

O estado-dirigente, comprometido com a gestão de resultados balizada por Constituições que traçam políticas públicas vinculantes, substitui a imperatividade<sup>55</sup> da clássica teoria da tripartição de poderes, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XX como dogma central do exercício republicano do poder político, pela busca do consensualismo diante do pluralismo de ideias e interesses que se devem igualmente respeitar no estado democrático de direito<sup>56</sup>.

A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às maiorias, a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais<sup>57</sup>, sem exclusão.

Por isto que a administração pública dialógica contrasta com a administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade.

É possível identificar nos modelos dialógicos o princípio da separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos, que, “embora seja relativamente recente na Europa Continental, não é propriamente novo nos Estados Unidos”. Atualmente, vem se verificando a globalização do modelo concebido pelos *founding fathers*, em que nenhum dos “poderes” assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas - *police-maker*; antes os “poderes” constituem fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, cuja interação e disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo<sup>58</sup>.

---

(re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 282.

<sup>55</sup> Por imperatividade entende-se “que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

<sup>56</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restolatti. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 259. Nesse sentido, confira-se ainda: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro*. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 293-317.

<sup>57</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302-303.

<sup>58</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

No universo doutrinário anglo-saxão, há grande número de estudos salientando as vantagens dos modelos teóricos que valorizam diálogos entre órgãos e instituições, como se pode depreender das pesquisas de Laurence G. Sager<sup>59</sup>, Christine Bateup<sup>60</sup>, Mark Tushnet<sup>61</sup>, Mark C. Miller e Jeb Barnes<sup>62</sup>. Tal tendência é acompanhada pela doutrina canadense (Peter W. Hogg e Allison A. Bushell<sup>63</sup>).

Janet Hiebert<sup>64</sup> sugere uma compreensão da teoria dialógica segundo a qual deve ocorrer interação horizontal entre as instituições. Assim também Carol Harlow e Richard Rawling<sup>65</sup>, ao ressaltarem o desenvolvimento de um processo administrativo por eles definido como “um curso de ação, ou passos na implementação de uma política”, de modo a permitir a concretização da governação em rede<sup>66</sup>, instrumento permanente da dialética em busca dos melhores resultados nas escolhas administrativas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto alerta que:

*“essas posturas indicam a busca incessante das soluções negociadas, nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores”<sup>67</sup>.*

<sup>59</sup> SAGER, Laurence G. Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice. New Haven: Yale University Press, 2004.

<sup>60</sup> BATEUP, Christine. The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, v. 71, 2006.

<sup>61</sup> TUSHNET, Mark. Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law. Princeton: University Press, 2008.

<sup>62</sup> MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). Making police, making law: an interbranch perspective. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.

<sup>63</sup> HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Osgood Hall law journal, vol. 35, n. 1, 1997, p.105.

<sup>64</sup> HIEBERT, Janet. New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights? Texas: Law Review, v. 82:7, 2004, p. 1963-1987.

<sup>65</sup> HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. Process and procedure in Eu Administration. London: Hart Publishing, 2014.

<sup>66</sup> Governação em rede é o conceito que permite concentrar a atenção sobre a pluralidade de temas, distintos, mas independentes, que participam interativamente na administração europeia.

<sup>67</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 142-143.

Dessa releitura do papel do estado, ainda nas palavras de Moreira Neto, resultam “características distintas das que habitualmente lhe são conotadas e tudo indica que terá como marcas a instrumentalidade, a abertura democrática substantiva, o diálogo, a argumentação, a consensualidade e a motivação”<sup>68</sup>.

Ou, como pondera Egon Bockmann Moreira<sup>69</sup>, a participação ou a influência que o cidadão possa verdadeiramente ter na formação da decisão administrativa tende a gerar decisão quase consensual, provida, por isto mesmo, de maiores chances de ser espontaneamente cumprida; o dever de obediência transmuda-se em espontânea aceitação devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).

#### **4.2. O compromisso intergeracional do ajuste fiscal**

Há sinais de que o governo federal brasileiro propõe-se a dialogar sobre o processo de ajuste fiscal em curso<sup>70</sup>, mas importa que as partes dialogantes reconheçam ser o diálogo inerente ao estado democrático de direito, e, não, um disfarce para o prevailecimento de posições ou para correções unilaterais de erros pretéritos que não se podem admitir abertamente. Nem, muito menos, que desse diálogo participem apenas agentes dos poderes constituídos, resultando excluídas instâncias representativas da sociedade civil.

Os poderes legislativo e executivo possuem capacidades institucionais<sup>71</sup> que lhe são próprias. A simbiose entre seus integrantes beneficia o processo democrático pautado nas razões públicas<sup>72</sup>, que cumpre papel fundamental em um modelo presidencialista de coalizão<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>69</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

<sup>70</sup> AQUINO, Yara. *Governo quer diálogo com Congresso para aprovar ajuste fiscal*. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/05/governo-quer-dialogo-com-congresso-para-aprovar-ajuste-fiscal>. Acesso em 14/6/2015.

<sup>71</sup> Acerca do tema capacidades institucionais, confira-se: SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades do intérprete*. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217-232.

<sup>72</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-32.

<sup>73</sup> Sobre presidencialismo de coalizão merecem destaque os estudos desenvolvidos por Paulo Ricardo Schier, principalmente: SCHIER, Paulo Ricardo. *Vice-presidente da República no contexto do presidencialismo*

O sistema orçamentário decorrente da Constituição de 1988 pressupõe coparticipação equilibrada de legislativo e executivo, bem como a existência de um sistema de planejamento econômico a orientar a criação e a execução das normas orçamentárias, a cada ano<sup>74</sup>.

Tal dialeticidade pode ser extraída das correlações estabelecidas no Texto Fundamental entre plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual (art. 166, CF/88), constitutivas de mecanismos de planejamento, aplicação e controle sobre os recursos públicos, de sorte a que executivo e legislativo interajam na efetivação das políticas públicas<sup>75</sup>.

A flexibilidade é inerente à execução orçamentária, mas isto não significa que possa descumprir o estabelecido na legislação orçamentária, o que também vincula os ajustes fiscais que se venham a mostrar imprescindíveis para adaptar o orçamento às imprevisibilidades surgidas ou aos desvios embutidos no decorrer do exercício financeiro<sup>76</sup>. O equilíbrio das contas públicas nada mais é, ou deve ser, do que o cumprimento de metas e resultados entre receitas e despesas, bem como a observância de certos limites e condições impostas pela Constituição Federal e pela Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>77</sup>.

Assim visto e praticado, o planejamento se torna referencial seguro e politicamente consensual<sup>78</sup>, sobretudo quando se está a tratar de finanças públicas, ao mesmo tempo em que se revela instrumento essencial para o desenvolvimento da atividade administrativa estatal de fomento público<sup>79</sup>. Segue-se que o planejamento fiscal é um dos subsistemas mais importantes da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos de seu art. 4º, §1º<sup>80</sup>.

de coalizão. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro. v. 2., 2. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2014, p. 519-522.

<sup>74</sup> ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 741.

<sup>75</sup> ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 730.

<sup>76</sup> CONTI, José Maurício. Aprovação do orçamento impositivo não dá credibilidade à lei orçamentária. Revista Consultor Jurídico, 10 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/paradoxo-corte-aprovacao-orcamento-impositivo-nao-credibilidade-lei-orcamentaria>. Acessado em 10/6/2015.

<sup>77</sup> SILVA, Francis Waleska Esteves da. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus princípios informadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

<sup>78</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 105.

<sup>79</sup> SOUTO, Marco Juruena Villela. Aspectos jurídicos do planejamento econômico. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, passim.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Weder de. Curso de Responsabilidade Fiscal – Direito, Orçamento e Finanças Públicas. V. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 55.

A LRF quer que os resultados buscados sejam claros, devendo haver a prefixação transparente de metas fiscais, tomando a feição de compromissos públicos exigíveis, por isto que juridicizáveis; basta frisar que os seus artigos 15 e 16 cominam a sanção de nulidade para os atos de ação governamental que, implicando despesas de capital não previstas no orçamento (investimentos em equipamentos e imóveis que se acrescerão ao patrimônio público), desatendam aos requisitos ali estatuídos. O estado deve definir suas finalidades fiscais, tornando-as transparentes, e envidar esforços para o seu atendimento e controle, este demandando, como preliminar prejudicial de sua efetivação, a prévia definição do escopo visado em cada ação política administrativa, sem o que não se viabiliza o controle por falta de parâmetros<sup>81</sup>.

Subjaz na edição da LRF o seu caráter intergeracional, do qual se extrai o cuidado de evitar que se transfira à geração futura peso financeiro excessivo, formado por despesas (especialmente correntes) iniciadas hoje e de dívidas contraídas no presente, que repercutirão negativamente no por vir<sup>82</sup>.

O orçamento é instrumento do planejamento, mas não é o planejamento em si<sup>83</sup>. Daí a necessidade da instituição de mecanismos institucionais viabilizadores de uma nova forma de atuação da administração pública financeira. Exemplifique-se com o *performance budget* (em livre tradução, orçamento de desempenho), que significa redefinir o modelo de administração pública, substituindo o modelo burocrático (vertical) por mecanismos de tomada de decisão horizontal, com maior envolvimento de funcionários e dirigentes, além de maior responsabilização de todos os atores, indispensável à maturação de uma cultura de *accountability*<sup>84</sup>, cultura essa que conduzirá à entronização, nas práticas orçamentárias, da avaliação permanente de programas de governo com vistas à eficiência dos gastos públicos<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 142.

<sup>82</sup> SANTOS, Ricart César Coelho dos. Debutante, Lei de Responsabilidade Fiscal tem novos desafios. Revista Consultor Jurídico, 24 de maio de 2015.

<sup>83</sup> ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 742.

<sup>84</sup> CABRAL, Nazaré. Orçamentação pública e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 653.

<sup>85</sup> NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e performance budget. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 717.

Em outras palavras, o modelo deve ser integrativo dos fundos providos pelo setor público e os respectivos resultados (*outputs* e *outcomes*) alcançados, considerando as informações sobre o desempenho dos programas de governo e a utilização dessas informações pelos tomadores de decisão, gerentes, políticos e sociedade. O principal objetivo é o de aprimorar a alocação e a eficiência dos recursos públicos<sup>86</sup>.

A preocupação com a melhoria na qualidade do processo orçamentário retrata a experiência europeia, ao que sublinha João Ricardo Catarino<sup>87</sup>, *verbis*:

*“Os Estados europeus têm ainda vindo, em paralelo, a alterar substancialmente os respectivos processos orçamentais, tendo em vista melhorar a disciplina orçamental e a eficiência e a eficácia da despesa pública. A OCDE tem salientado que os Estados europeus ainda se apegam a uma concepção do processo orçamental predominantemente centrada no respeito pelos limites legais e em modelos de controle detalhado da despesa pública e menos orientados para um controle mais flexível, mais focado na execução orçamental. Alguns Estados, sobretudo os de matriz anglo saxônica ou do norte da Europa estão, tradicionalmente, mais habituados a este segundo modelo e possuem hoje, em resultado disso, processos orçamentais mais em linha com as modernas necessidades de controle, mais inclinados para as questões da eficiência do que as de estrita e rígida observância da lei.*”

Ainda assim, sendo a evolução do processo orçamental uma questão transversal na Europa, têm-se verificado sucessivas reformas do processo orçamental e em especial no que respeita ao modo como se processa a prestação de contas, envolvendo ou não a criação de novos órgãos de controle ou o robustecimento dos poderes dos órgãos existentes.

A União Europeia tem defendido uma abordagem global em matéria de política orçamental tendo em vista o aumento da qualidade das finanças públicas e a promoção do crescimento econômico a longo prazo. E reconhece que o processo requer uma ação política concertada que favoreça o crescimento e promova a competitividade com recurso a medidas que permitam aumentar a eficiência dos regimes de despesas e de receitas.”

Seja no desenho de novos modelos orçamentários ou no cenário de

---

<sup>86</sup> Ibidem, p. 719.

<sup>87</sup> CATARINO, op. cit., p. 789.

adequação das alocações orçamentárias, imperioso se apresenta o diálogo entre os poderes na busca da solução mais eficiente diante das conjunturas econômicas e sociais, a que se deve acrescentar a perspectiva da sustentabilidade (não apenas ambiental, mas, também, social, econômica e gerencial). Ajustes serão sempre necessários em face da constante mudança das realidades socioeconômicas. A mudança é inerente a essas realidades e o poder público deve estar preparado para com ela lidar de forma eficiente e eficaz, criando e mantendo espaços de debate de ideias, qualificado pelo norte do interesse público.

## **5. SÍNTESE CONCLUSIVA**

1. Nos estados modernos dos séculos XIX e XX, o orçamento público se limitava a relacionar as receitas com as despesas, ou seja, um ato de estimativa das receitas e de fixação das despesas, sendo este o repositório da essência da atividade financeira do estado a cada período de vigência orçamentária.

2. A partir de meados do século XX, a preocupação estrita com o equilíbrio contábil anual das contas públicas cede lugar a considerações mais amplas a respeito da função social do orçamento público, o que faz surgir o “orçamento-programa”, definível como um processo por meio do qual se expressa, se aprova, se executa e se avalia o nível de cumprimento do programa de governo para cada período orçamentário, levando em conta as perspectivas de médio e longo prazo, uma vez que, ao refletir os recursos financeiros a serem aplicados no exercício, haveria de constituir um instrumento de planejamento.

3. A Lei Complementar nº 101/2000, a chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) - em curso, destarte, o seu 15º aniversário -, representa o mais avançado instrumento legislativo da história da administração pública brasileira para o controle dos orçamentos, na pós-modernidade do estado democrático de direito. Mercê dela, a gestão da despesa pública no Brasil passa a pautar-se por critérios mais gerenciais e transparentes, seguindo-se uma proposta de governança pública na qual a sociedade possa acompanhar criticamente as despesas governamentais, com o fim de assegurar que a entrega do serviço ou do bem público desejado ocorrerá segundo parâmetros aferíveis, eficientes e eficazes.

4. Dentre outros fatores, o desequilíbrio fiscal experimentado pelos entes da federação brasileira tem origem nas deficiências do planejamento governamental, associadas a más práticas orçamentárias.

5. Ajustes fiscais devem resultar de diálogo entre os poderes constituídos e a sociedade que os constituiu, de modo a adequar as finanças públicas à realidade socioeconômica, sempre mutante, e balizadas pela qualidade de vida e o mínimo existencial que se deve garantir a toda a população, sem exclusão e sem retóricas fantasiosas.

**Title: Public budget, fiscal adjustment and public administration consensus.**

**Abstract:** The postmodern state is guided to achieve fundamental rights, including the right for a good public administration. In such purpose, and to enable respect for fiscal responsibility law, it is imperative to carry out fiscal adjustments that allow the adequacy of budget laws to contemporaneous not stable socioeconomic contexts. These adjustments ought to be based on dialogue among institutions, in order to improve efficient choices grounded on consensualism.

**Keywords:** Public budget. Fiscal adjustment. Dialogic public administration. Fiscal responsibility law.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. O planejamento financeiro responsável: boa governança e desenvolvimento no estado contemporâneo. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 577-599.
- AQUINO, YARA. Governo quer diálogo com Congresso para aprovar ajuste fiscal. Agência Brasil, Brasília, 4 maio, 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/05/governo-quer-dialogo-com-congresso-para-aprovar-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 14 jun. 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BATEUP, Christine. The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, v. 71, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. Medo líquido. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Nazaré. *Orçamentação pública e programação: tendências internacionais e implicações sobre o caso português*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 619-659.
- CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175-186.
- CAMARGO, Guilherme Bueno de. *Governança republicana e orçamento: as finanças públicas a serviço da sociedade*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 769-784.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CATARINO, João Ricardo. *Processo orçamental e sustentabilidade das finanças públicas: o caso europeu*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 785-802.
- CONTI, José Maurício. *Irresponsabilidade fiscal ainda persiste, 15 anos após a publicação da lei*. *Revista Consultor Jurídico*, 7 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/contas-vista-irresponsabilidade-fiscal-persiste-15-anos-publicacao-lei>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Aprovação do orçamento impositivo não dá credibilidade à lei orçamentária*. *Revista Consultor Jurídico*, 10 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-10/paradoxo-corte-aprovacao-orcamento-impositivo-nao-credibilidade-lei-orcamentaria>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. *Orçamento Público: uma visão analítica*. Disponível em <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-2014/vii-premio-sof-2014/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores-premio-sof/?searchterm=Celso de Barros Correia Neto](http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios-2014/vii-premio-sof-2014/monografias-premiadas-em-edicoes-anteriores-premio-sof/?searchterm=Celso%20de%20Barros%20Correia%20Neto)>. Acesso em 28/05/2015.
- DIAS, Francisco Mauro. *Visão global da Lei de Responsabilidade Fiscal*. *Revista da EMERJ*, v. 5, ano 17, 2002, p. 111-123, 2002. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista17/revista17\\_111.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_111.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2015.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma administrativa gerencial*. In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- DOMINGUES, José Marcos. Ajuste fiscal deve se adequar às prioridades previstas na Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2015. . Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-20/jose-domingues-ajuste-fiscal-adequar-constituicao>>. Acesso em: 21 ago. 2015.
- DRUCKER, Peter. *Desafios Gerenciais para o Século XXI*, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.
- FIGUERÊDO, Carlos Maurício C. Lei de Responsabilidade Fiscal – o resgate do planejamento governamental. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 27-41.
- GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GONÇALVES, Hermes Laranja. *Uma visão crítica do orçamento participativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GOUVÊA, Marcos Maseli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Process and procedure in Eu Administration*. London: Hart Publishing, 2014.
- HIEBERT, Janet. New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights? *Texas: Law Review*, v. 82:7, 2004, p. 1963-1987.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgood Hall law journal*, vol. 35, n. 1, 1997, p.105.
- MACEDO, Marco Antônio Ferreira. *A reconstrução republicana do orçamento: uma análise crítico-deliberativa das instituições democráticas no processo orçamentário*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Público. Rio de Janeiro, 2007.
- MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, custos e escolhas orçamentárias: em busca de parâmetros constitucionais*. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8571](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8571)>. Acesso em: 25 maio 2015.
- MARTINS, Ives Gandra. Os fundamentos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/2000. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 165-175.
- MENDONÇA, Eduardo. Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Livro Comemorativo dos 25 anos de magistério do professor Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). *Making police, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da transparência e a responsabilidade fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129-162.
- \_\_\_\_\_. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. O orçamento público na ótica de responsabilidade fiscal: autorizativo ou impositivo. *Revista Ibero-americana de Direito Público*, v. 2, n. 6, p. 11-32, 2001.
- NASCIMENTO, João Alcides do. O papel do orçamento público no processo de planejamento da ação política. *Energia, entropia e informação, fatores a considerar*. *Revista da Escola Superior de Guerra*, volume IX, nº 25, ano 1993.
- NÓBREGA, Marcos. Orçamento, eficiência e performance budget. CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 693-728.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 271-278.
- OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal – Direito, Orçamento e Finanças Públicas*. V. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 293-318.
- \_\_\_\_\_. Aspectos constitucionais da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, 2001, p. 63-78.
- \_\_\_\_\_. DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PINTO, Éilda Graziane. *Financiamento de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.
- ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Orçamento e planejamento: a relação de necessidade entre as normas do sistema orçamentário. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury.

- (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 730-749.
- SABBAG, César. Orçamento e Desenvolvimento – Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. São Paulo: Millennium Editora, 2006.
- SAGER, Laurence G. Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice. New Haven: Yale University Press, 2004.
- SANCHES, Oswaldo Maldonado. Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins. Brasília: Prisma, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades do intérprete. In: SARMENTO, Daniel. Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217-232.
- SANTOS, Ricart César Coelho dos. Debutante, Lei de Responsabilidade Fiscal tem novos desafios. Revista Consultor Jurídico, 24 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-24/ricart-santos-lei-responsabilidade-fiscal-novos-desafios>>. Acesso em: 24 ago. 2015.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Vice-presidente da República no contexto do presidencialismo de coalizão. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). Direito Constitucional Brasileiro. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 519-522.
- SILVA, Francis Waleska Esteves da. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os seus princípios informadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da; TAVARES, André Ramos. Extensão da ação popular enquanto direito político de berço constitucional elencado no título dos direitos e garantias fundamentais dentro de um sistema de democracia participativa. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, n. 3, 1995.
- SILVA, Moacir Marques da. A lógica do planejamento público à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 751-765.
- SLOMSKI, Valmor; PERES, Úrsula Dias. As despesas públicas no orçamento: gasto público eficiente e a modernização da gestão pública. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. (Coords.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 911-932.
- SOUTO, Marco Juruena Villela. Aspectos jurídicos do planejamento econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

---

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-32.

TORRES, Ricardo Lobo. Alguns problemas econômicos e políticos da Lei de Responsabilidade Fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Aspectos relevantes da Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Dialética, 2001, p. 281-289.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-62.

TUSHNET, Mark. Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law. Princeton: University Press, 2008.

---

# *O DIREITO À IDENTIDADE TUTELADO PELA CLÁUSULA GERAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O CASO DOS TRANSEXUAIS*

---

*Lívia Barboza Maia<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho tem o escopo de apresentar o direito à identidade como sendo um dentre os vários tipos inseridos no que foi conveniado denominar de valores da personalidade. No entanto, a identidade não é um valor personalíssimo positivado no ordenamento brasileiro como, por exemplo, foi feito com o nome e com a imagem. Contudo, a ausência de qualquer texto específico não há de prejudicar a tutela da identidade, já que o entendimento aqui esposado é de que este direito está abrangido pela cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana. Esta cláusula é reconhecidamente um princípio constitucional presente no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Diante do exposto e tomando como base a proteção que o ordenamento pátrio vigente confere à personalidade, tratou-se da importância em se tutelar o aspecto dinâmico da identidade sob o ponto de vista do caso dos transexuais. Estes buscam a convergência do sexo ao qual se identificam psiquicamente e socialmente em oposição ao sexo físico originário – determinado ao nascer pela genitália e inscrito na certidão de nascimento. Em virtude desse sentimento de pertencimento é necessário que o Direito discipline alguns tópicos como a cirurgia de transgenitalização e a mudança de nome no registro civil. Sendo a cirurgia disciplinada pelo Conselho Federal de Medicina através de Resolução, resta disciplinar a mudança de nome a fim de que este seja condizente com a imagem que o transexual passa a sociedade e não de acordo com o seu sexo morfológico. Por fim, discussão relevante se faz sobre a mudança de nome não ser atrelada a realização de cirurgia de mudança de sexo, bastando apenas que reflita a identidade pessoal.

---

<sup>1</sup> Associada ao escritório Denis Borges Barbosa Advogados, Especialista em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Bacharel em Direito na PUC-Rio.

**Palavras-chave:** Valores da personalidade. Direitos personalíssimos. Direito à identidade. Dinamicidade da identidade. Dignidade da pessoa humana. Transexualidade. Sexo real. Sexo psicossocial. Sexo físico. Sexo morfológico. Sexo biológico. Cirurgia de mudança de sexo. Cirurgia de transgenitalização. Redesignação sexual. Mudança de nome.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por foco apresentar o Direito à Identidade sob o ponto de vista do caso dos transexuais. Para tanto foi necessário fazer um breve relato sobre a construção dos valores da personalidade. Tal teor existencial, no Brasil, têm proteção constitucional, inseridos no rol dos direitos fundamentais, através da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Também, o Código Civil de 2002, sob a égide da repersonalização, tutela tais valores.

Apesar de não haver um rol *numerus clausus* dos valores personalíssimos, já que não seria possível ser suficientemente exaustivo em virtude do fato de a sociedade estar em constantes mudanças, a ampla tutela se faz através da cláusula geral inserida na Constituição Federal. Neste sentido, o capítulo primeiro exporá o direito à identidade sendo direito plenamente tutelável como valor personalíssimo pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, no capítulo segundo será focado o direito à identidade *stricto sensu*. A identidade, direito de expressar sua “verdade” pessoal, deve ser objeto de estudo sob o ponto de vista de sua maior peculiaridade: a dinamicidade. A mutabilidade a que a sociedade e o ser humano, tanto na vida comunitária quanto em seu íntimo, passam a todo o momento não comportam apenas textos normativos rígidos. Portanto, será suscitada a imperatividade para que o Direito confira espaço para que seja efetiva a tutela da identidade, ainda que esta esteja em constante mutação.

Diante dessa premissa, de tutela integral da identidade com seu aspecto dinâmico, o caso dos transexuais ganhará especial atenção a partir do capítulo segundo. Os transexuais são pessoas que possuem incompatibilidade entre o sexo anatômico e o sexo psíquico. Há, inclusive,

inserção dessa categoria, como Desordem da Identidade de Gênero, no CID 10 – Classificação Internacional de Doença a fim de que haja regulamentação do tratamento médico.

Por sua vez, no capítulo subsequente, tratar-se-á das mudanças no registro civil do transexual, fazendo-se importante abordar o tema da cirurgia de mudança de sexo. Sendo o caso de adequar o sexo morfológico ao psicológico, há no Brasil Resolução do Conselho Federal de Medicina que prevê tratamento psicológico e hormonal a fim de que se possa fazer a cirurgia de mudança de sexo, tratamento este oferecido pelo Sistema Único de Saúde.

Entretanto tal como exposto no capítulo terceiro, ainda é controvertida a mudança no registro civil do transexual a fim de adequar sua realidade pessoal aos documentos públicos. Tratar-se-á especificamente da mudança de prenome, suas possibilidades e possíveis soluções. Em seguida, pretendeu-se demonstrar que a mudança de nome atende à efetivação do direito à identidade pessoal e, portanto, não deve ter como requisito a cirurgia de transgenitalização. Nos termos do derradeiro capítulo, verificou-se não ser apenas a realização de um procedimento médico que terá o condão de mudar a identidade pessoal, uma vez que mais importa o sentimento de pertencimento de cada um na sua internalidade psicológica.

## 1. VALORES DA PERSONALIDADE E O DIREITO À IDENTIDADE

*“Qualquer eventual consideração de hipóteses particulares de direitos da personalidade não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja fragmentada”<sup>2</sup>*

É primordial iniciar o estudo afirmando que *“os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade”<sup>3</sup>*. A diferença essencial na denominação se dá pelo fato de que se utiliza o termo *direitos humanos* quando a proteção que se pretende é em relação ao indivíduo com o direito público, ou seja, quando a proteção se dá contra o Estado. Já a

---

<sup>2</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 3ª Ed. Revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Página 46.

<sup>3</sup> TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Página 33.

denominação *direitos da personalidade* é aquela vista sob um ponto de vista de direito privado, regulando as relações entre particulares.

No plano constitucional não há porque negar a proteção aos valores personalíssimos, visto que a cláusula geral emana da Constituição Federal quando esta reconhece a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III. Também o Código Civil de 2002, já esculpido sob a égide da repersonalização do Direito, tutela plenamente tais direitos<sup>4</sup>. Nessa repersonalização<sup>5</sup> do sistema jurídico o *ser* passa a ocupar o centro dos interesses legitimamente resguardados, desse modo restaurando a ideologia iluminista acerca da primazia da pessoa. Aliás, esse movimento faz com que importe menos ao Direito o *status* jurídico da pessoa – ou seja, sua posição ou não de titular e proprietário – e mais a tutela de sua dignidade, seus valores personalíssimos.

Sendo ponto pacífico sua tutela pela Constituição e pelo Código Civil, abre-se espaço a discussão quanto à nomenclatura, seriam *direitos da personalidade* ou *valores da personalidade*? Aqui se adota o entendimento de Perlingieri<sup>6</sup> em que a personalidade, na verdade, é um valor e não um direito. Assim o é devido ao fato de a tutela da pessoa<sup>7</sup> não ser fracionada em situações que não se comunicam, mas ser vista e estudada como um problema unitário, ou seja, o valor da pessoa se apresenta em sua unicidade. Não haveria, portanto, diversos direitos da personalidade, mas situações referentes aos valores personalíssimos que mereceriam tutela do ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Páginas 35.

<sup>5</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Página 237.

<sup>6</sup> “A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente existência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valo envolvido.” PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Páginas 764 a 765.

<sup>7</sup> “Pessoas que, em nosso cotidiano, de forma vulgar, é vocábulo utilizado como sinônimo de ser humano; mas que ao Direito adquire significação própria e peculiar, de modo que ser pessoa constitui a possibilidade de ser sujeito de direito, ou seja, titular de um direito, integrando assim um dos pólos de uma relação jurídica.” RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 3ª Ed. Revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Página 1.

Em se tratando de valores da personalidade, pode-se destacar como características principais: serem inatos (essenciais à condição humana), extrapatrimoniais (não são direito de valor pecuniário, apesar de sua violação ser capaz de gerar compensações monetárias), absolutos (por vigorarem *erga omnes*<sup>8</sup>), imprescritíveis, intransmissíveis (disposto no art. 11 do Código Civil esses direitos *nascem e morrem com aquela pessoa*<sup>9</sup>) e irrenunciáveis (previsto no art. 11 do Código Civil o seu titular não pode dispensá-los).

No que tange a sua positivação, é um direito essencialmente atípico por não possuir um rol *numerus clausus* tutelando simplesmente os valores da pessoa<sup>10</sup>, sendo oriundos da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Em razão das constantes mudanças por que passa a sociedade, nenhuma positivação conseguiria ser suficientemente exaustiva, por isso optou-se por tutelar “o valor da pessoa sem limites”<sup>11</sup> textuais e, dessa forma, poder os valores da personalidade abranger todas as manifestações do ser.

Neste sentido, é pacífico que a ausência de rol específico dos valores da personalidade<sup>12</sup> não traz prejuízo à tutela da pessoa humana, e, portanto, tem-se o direito à identidade como um direito plenamente tutelável. Inclusive, corrobora esse entendimento a ideia já explicitada de Perlingieri quanto aos valores e não direitos da personalidade, já que, na verdade, têm-se diversas situações referentes aos valores personalíssimos que merecem ser tutelados e não diversos direitos que devem ser positivados a fim de serem resguardados pelo Estado.

O direito à identidade, como uma dessas situações referentes aos valores da personalidade e não somente como um direito, é aquele que garante a toda pessoa expressar sua “verdade” pessoal, “quem de fato é”. A exteriorização desse “status personae”, ou seja, revelar ao mundo sua identidade é processo que inclui uma realidade física, moral e intelectual.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoas, direitos fundamentais e direitos de personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 7, vol. 26, abril a junho de 2006. Rio de Janeiro: Ed. Padma. Páginas 56.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. Página 24.

<sup>10</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Página 121.

<sup>11</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Páginas 764 a 765.

<sup>12</sup> “A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, em seu artigo 5º, §2º, que os direitos e garantias expressos na 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.” SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Página 706.

<sup>13</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 244.

Este direito, mais que outros, deve ser estudado sob a ótica de uma constante dinamicidade, pois somente assim haverá tutela integral da identidade pessoal. Diferente situação daquela dos direitos de cunho estritamente patrimonialista, como, por exemplo, na seara contratual, em que a estagnação é vista como necessária para que se possa ter maior segurança jurídica e previsibilidade nas relações privadas.

Somente a partir do momento em que os intérpretes compreendam a dinamicidade<sup>14</sup> como peculiaridade principal do direito à identidade tal valor angariará uma plenitude no tocante à eficácia social. A mutabilidade do ser humano não pode ser desconsiderada quando se está analisando a identidade que merece proteção do Direito.

### **1.1 Os valores da personalidade**

*“O contexto social (sistema de produção , cultura, interesses, ideologias, forças políticas) determina o direito ou é o direito que determina a evolução social?”<sup>15</sup>*

O reconhecimento jurígeno dos valores da personalidade surge na segunda metade do século XIX com sua validade científica negada por grandes juristas como Savigny<sup>16</sup>, Von Thur e Enneccerus<sup>17</sup>, já que estes criticavam o fato de os valores da personalidade serem contraditórios em si mesmos. Não podia, no entender dos juristas citados, os direitos da personalidade serem ao mesmo tempo capacidade de ser sujeito de direitos e objeto de algum tipo de direito.

Note-se, portanto, que tais estudiosos partiam de modelos patrimonialista e dual quanto a segregação entre objeto e sujeito, bem aplicável, por exemplo, no âmbito da propriedade.

---

<sup>14</sup> “A dinâmica é o movimento que gera sua própria vida e busca contemplar eventual transformação. Tal circunstância se dá quando a regra não cobre mais com sua juridicidade positivada todas as circunstâncias.” FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Página 221.

<sup>15</sup> SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Página 104.

<sup>16</sup> “Segundo a famosa construção de Savigny, a admissão dos direitos da personalidade levaria à legitimação do suicídio ou da automutilação [...]” TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4ª ed revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Página 27.

<sup>17</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. Página 5.

O termo cunhado como direitos da personalidade foi construção dos jusnaturalistas franceses e alemães “*para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado*”<sup>18</sup>. Dessa forma, não haveria homem sem direitos da personalidade, a existência de um pressupõe a do outro.

Até aquele período histórico o Direito Civil<sup>19</sup> se ocupava das relações econômicas<sup>20</sup>, resguardando o valor do indivíduo ao proteger suas titularidades e as liberdades negativas frente ao Estado<sup>21</sup>. Já esse novo direito vem como proteção inerente a todo e qualquer ser humano a ser defendido tanto contra o Estado, quanto em face de particulares. Neste contexto, seriam os valores da personalidade uma “*condição primária de todos os demais direitos subjetivos daí derivados*”<sup>22</sup>.

A princípio o fato de os valores da personalidade não terem cunho patrimonialista<sup>23</sup>, em sentido contrário a toda a cultura civilista com base no Tríptico Vértice Fundante do Privado (contrato, patrimônio e família)<sup>24</sup>, fez com que tais valores permanecessem à margem dos ordenamentos civis positivados<sup>25</sup>. Não foi diferente o caso brasileiro em que o Código

<sup>18</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. Página 5.

<sup>19</sup> “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formou no Código de Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou as leis civis e as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no Code e que, em seguida, viria a ser adotada pelas codificações do Séc. XIX.” MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Vol. 1, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Página 1.

<sup>20</sup> “Falar de codificação significa falar de um movimento que simplesmente garanta as regras dos negócios. A função do direito civil, neste ambiente, é a de assegurar a estabilidade mais absoluta nas relações econômicas, protegendo o indivíduo contra ingerências alheias e, especialmente, contra o arbítrio do Estado.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Página 24.

<sup>21</sup> MACHADO, Diogo Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 10, vol.37, janeiro a março de 2009. Rio de Janeiro: Ed. Padma. Páginas 17-18.

<sup>22</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Página 112.

<sup>23</sup> “O princípio [da dignidade da pessoa humana] promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física como psíquica.” BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Página 371.

<sup>24</sup> “Dois segmentos de relações que procuram levantar fronteiras na organização do sistema do Direito Privado, assentado no contrato, patrimônio e família, elementos que compõem um tríptico vértice, a base fundante do privado.” FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Páginas 158-159.

<sup>25</sup> “Sua natureza não patrimonial, em desacordo com a cultura jurídica ocidental de valorização da indivíduo proprietário, fez com que permanecessem à margem do direito civil.” LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Página 130.

Civil 1916 se calou neste ponto, apesar do conhecimento que já tinham os juristas dos direitos personalíssimos<sup>26</sup>.

Com as mudanças sociais nascidas no pós Segunda Grande Guerra Mundial (e todos os horrores que a humanidade provou ser capaz de propiciar aos seus desafetos sob o pretexto de serem investigações científicas) a tutela da dignidade da pessoa humana<sup>27</sup> ganha proteção formal privilegiada. Neste momento percebeu-se que a ordem jurídica necessitava de mudanças de paradigmas, para que dessa forma pudesse acompanhar toda a reestruturação a qual passava a sociedade.

A proteção humana começa a tomar corpo em 1947 com o Código de Nuremberg, elaborado por julgadores dos 23 médicos acusados de praticarem atos desumanos nos campos de concentração. Mas foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o auge positivista.

Foi neste íterim que os direitos da personalidade<sup>28</sup> começaram a se revestir do que são hoje. Já, naquele tempo, havia identificação de uma tutela do mínimo<sup>29</sup>, ou seja, os valores da personalidade como proteção a um mínimo essencial a que o homem necessita para que possa se desenvolver como pessoa.

Neste novo movimento não mais era cabível que o Direito Civil apenas regesse o ter<sup>30</sup> enquanto o ser ficasse à margem das relações patrimonialistas, numa perspectiva inferior, condicionado sempre à dinâmica das relações proprietárias. Na verdade o Direito como um todo passou longo período relegando a um plano inferior a tutela do ser enquanto a propriedade e o contrato figuravam soberanos e absolutos.

---

<sup>26</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Página 131.

<sup>27</sup> “Ademais, importa lembrar que também para a dignidade da pessoa humana aplica-se a noção referida por Bernard Edelman, de que qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido.” SCARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Página 33.

<sup>28</sup> “Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade.” LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Página 130.

<sup>29</sup> “grande parte da doutrina identificava nestes direitos um meio de tutela de um mínimo essencial, a salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa.” DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Página 41.

<sup>30</sup> “Não sem sentido, nesses quadrantes, o sujeito não “é” em si, mas “tem” para si titularidades.” FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Página 102.

Como ciência social o Direito não pode ser indiferente às novas tendências e, por isso, no Brasil os valores da personalidade foram positivados na Constituição Federal de 1988<sup>31</sup> suprimindo lacuna deixada pelo Código Civil de 1916<sup>32</sup>. Tal lacuna tinha razão de ser vez que o código foi concebido sob forte influência da doutrina alemã, que não contemplava os direitos da personalidade, bem como dominava à época uma doutrina essencialmente patrimonialista.

Hoje, não há mais essa lacuna completa na legislação infraconstitucional já que o Código Civil de 2002 dedica um capítulo aos valores da personalidade.

Neste sentido pode-se afirmar que os valores da personalidade vieram como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana<sup>33</sup>. Através deles há uma tutela efetiva e formal na busca pela realização da dignidade, cabendo ressaltar que esta também necessita do acesso de todos às liberdades reais e, não somente, às liberdades formais<sup>34</sup>. Dentro das ditas liberdades materiais pode-se enquadrar o direito à identidade.

Com a fonte normativa dos valores da personalidade no Brasil positivada na Carta Magna, é recomendável que qualquer estudo sobre o tema seja sob a perspectiva civil-constitucional<sup>35</sup>. Ainda, conjuga-se essa perspectiva com o princípio da supremacia da constituição<sup>36</sup>, através do qual se projeta

<sup>31</sup> “A constitucionalização do Direito Privado não significa apenas o deslocamento geográfico do seu centro. Mais do que isso, trata-se de um processo que importa em modificações substantivas relevantes na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais se funda este ramo do saber jurídico. No caso brasileiro, esta transformação é profunda e sem precedentes, diante do caráter radicalmente inovador e das características singulares da ordem constitucional instaurada em 1998. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. , 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Página 84.

<sup>32</sup> WINIKES, Ralph e CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Reconstrução do direito da personalidade à própria imagem a partir da teoria crítica do Direito Civil. In Diálogos sobre direito civil. Volume III. Organizadores: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Páginas 293.

<sup>33</sup> WINIKES, Ralph e CAMARGO, Rodrigo Eduardo. Reconstrução do direito da personalidade à própria imagem a partir da teoria crítica do Direito Civil. In Diálogos sobre direito civil. Volume III. Organizadores: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Páginas 291.

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª edição revista e atualizada. Brasil: Ed. Malheiros, 2010.

<sup>35</sup> “Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva a sua dignidade seja mais amplamente tutelada.” MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Vol 1, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Página 09.

<sup>36</sup> “Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que

a Constituição no centro do sistema jurídico, ou seja, como enunciado supremo do Estado. Também em consonância com a tradicional Pirâmide de Kelsen<sup>37</sup>, que objetiva mostrar que uma norma é válida se estiver de acordo com a norma que lhe é superior.

## **1.2. O direito à identidade como um valor personalíssimo**

*"[...] a identidade humana é a expressão objetiva e exterior da dignidade humana, meio instrumental pelo qual cada indivíduo pode afirmar-se como pessoa humana, ao se apresentar e ser reconhecido em sua verdadeira grandeza [...]"<sup>38</sup>*

O direito à identidade<sup>39</sup>, como um direito fundamental<sup>40</sup>, emerge do art. 1º, inciso III da Carta Magna<sup>41</sup> e tutela inúmeras relações existenciais. Ainda, a Constituição Federal de 1988 tutelou tal direito ao assegurar o princípio da autonomia de livre manifestação<sup>42</sup>, locomoção, exercício de qualquer trabalho (desde que cumpridos requisitos formais), portanto, a cada liberdade assegurada tem-se o pleno desenvolvimento do ser humano garantido.

O fato de não haver dispositivo na CFRB de 1988 específico não quer dizer que não há tutela. Ao contrário, a Carta Magna promove a identidade humana, em seus aspectos individual e coletivo, estável e dinâmico através de outras passagens expressas<sup>43</sup>.

---

todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela reconheça e na proporção por ela distribuídos." SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. rev. e atual. Brasil: Malheiros, 2003. Páginas 45-46

<sup>37</sup> "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas." KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. [Tradução João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Página 155.

<sup>38</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 290.

<sup>39</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 241.

<sup>40</sup> Entendendo os direitos fundamentais com uma área de abrangência maior que a dos valores da personalidade. ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoas, direitos fundamentais e direitos de personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 7, vol. 26, abril a junho de 2006. Rio de Janeiro: Ed. Padma. Páginas 46.

<sup>41</sup> Sendo este princípio duplamente contemplado da Carta Magna, presente tanto no art. 1º quanto no art. 170. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª edição revista e atualizada. Brasil: Ed. Malheiros, 2010. Páginas 198-199.

<sup>42</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 58.

<sup>43</sup> Preâmbulo; 1º, III, V; 3º, IV; 5º, IV, VI, X, XIV, XVII, XLII, XXXII; 7º, XXX; 12; 13; 19; 225, II; 226; 227, §6º; 231. Todos os dispositivos aqui citados são da Constituição Federal.

No sentido oposto à inflação de leis pode-se entender o direito em análise como decorrente de um *direito geral da personalidade*<sup>44</sup> que visa tutelar a pessoa humana em todas as situações extrapatrimoniais. Sendo assim, não é necessária a presença de um rol taxativo de todos os direitos da personalidade que o ordenamento tutelaria<sup>45</sup>, pois a proteção volta-se simplesmente aos valores da pessoa.

Essa cláusula geral é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>, disposto na Constituição Federal em seu art. 1º, inciso III, entendido como um dos princípios fundacionais do sistema<sup>47</sup> e um dos esteios da República.

Nesse sentido, tem-se que no que tange aos valores personalíssimos optou-se por uma tipicidade aberta<sup>48</sup>. Deste modo, não estão incluídos neste rol apenas aqueles direitos já positivados, mas também qualquer direito socialmente reconhecido que esteja em consonância com a cláusula geral.

Outra faceta interessante do direito à identidade é a sua dinamicidade<sup>49</sup>. Já que a identidade do ser humano é passível de constantes modificações – ela não tem seus elementos cristalizados – o direito não pode ser estático e preso a uma realidade pessoal única e imutável. Este direito deve continuar a tutelar, e com a mesma eficácia, o indivíduo que muda completamente sua imagem social, como no caso dos transexuais e segundo o entendimento de que *“a verdadeira identidade sexual da*

<sup>44</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Páginas 43.

<sup>45</sup> “Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Páginas 117-118.

<sup>46</sup> “O princípio da dignidade da pessoa humana representa não um meio-termo, mas uma superação de tal dicotomia, apresentando uma concepção aberta, em que o indivíduo autônomo e solitário dá lugar à pessoa inscrita no seio social, solidária e responsável, tolerante diante da alteridade.” KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 15 (julho/setembro de 2003). Rio de Janeiro: Padma, 2000. Página 54.

<sup>47</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Página 83.

<sup>48</sup> “A doutrina majoritária (Cupis, 1950: passim; Campos, 1995: passim) opta pela tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade.” LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Página 136.

<sup>49</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 262 e 269.

*pessoa é fornecida pela vertente dinâmica*<sup>50</sup>. Assim, estará atendendo a todo o movimento de continuidade e expansão a que o indivíduo passa ao longo de sua existência.

E quando se fala na possibilidade de haver mudança de imagem social, plenamente tutelável, há que se pensar na construção italiana ao *diritto all'oblio* (com sua origem na seara das condenações criminais<sup>51</sup>), no Brasil conhecido como *direito ao esquecimento*<sup>52</sup>. Quando não houver prevalência de interesse público<sup>53</sup> na matéria, o direito de “ser esquecido” deve ser integralmente tutelado, e, por conseguinte, respeitado pela sociedade. Neste ponto, também deve o direito à identidade ser efetivo na construção do novo ser social, fazendo com que a identidade atual seja o objeto de proteção e respeito social.

Não obstante, merece destaque uma grave confusão que pode ocorrer entre dois institutos peculiares aos valores da personalidade, quais sejam eles, direito ao esquecimento e o anonimato<sup>54</sup>. O direito ao esquecimento, conforme exposto acima, é aquele que tutela o direito de ser esquecida qualquer situação subjetiva pretérita. Já o anonimato é constitucionalmente vedado (art. 5º, inciso IV, CRFB) como um desestímulo às manifestações abusivas do pensamento.

---

<sup>50</sup> “A identidade sexual, como subspecto da identidade humana, deve ser compreendida em sua estrutura dual, com um componente estático – o sexo biológico – e outro dinâmico – o sexo psicossocial. Segundo as ciências médicas e sociais, a verdadeira identidade sexual da pessoa é fornecida pela vertente dinâmica, fruto da interação com o meio familiar e social.” CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Resumo.

<sup>51</sup> Aquele direito a que tem os condenados de poderem seguir suas vidas, pós-cumprimento de pena, sem serem perseguidos por algo que já pagaram. SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. Página 164.

<sup>52</sup> “Especificamente quanto à prescrição, afirma Ost ser ela o “direito a um esquecimento programado”, ressaltando, porém, a especial aplicação do direito ao esquecimento no direito ao respeito à vida privada [...] Assim como é acolhido no direito estrangeiro, não tenho dúvida da aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com olhos centrados na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também extraído diretamente do direito positivo infraconstitucional.” Brasil, STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.335.153, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, DJ 28.05.2013.

<sup>53</sup> “Alguns interesses públicos, no entanto, se revestem de alto grau de legitimidade, e devem preponderar, em casos concretos, ante a tutela da privacidade, como é o caso da liberdade de imprensa. As hipóteses e os limites desta ponderação, todavia, restam incontestados e somente podem ser averiguados caso a caso.” MORAES, Maria Celina Bodin e KONDER, Carlos Nelson. Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Página 267.

<sup>54</sup> “O veto constitucional ao anonimato, como se sabe, busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, pois, ao exigir-se a identificação de quem se vale dessa extraordinária prerrogativa político-jurídica, essencial à própria configuração do Estado democrático de direito, visa-se, em última análise, a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização, “a posteriori”, tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal”. (grifos nossos) Brasil, STF, MS 24.369-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.2012.

Portanto, o primeiro instituto serve de tutela às situações que devem (e necessitam) ser esquecidas para que o ser humano possa se realizar de forma plena. A partir do momento em que se entende o direito à identidade e sua faceta dinâmica, é indispensável à sua efetividade que seja reconhecido o direito ao esquecimento; no que tange ao transexual mister ressaltar seu direito ao esquecimento de sua identidade anterior. De outra monta, poder haver situações que levem a ponderação e nesta prevaleça o interesse público sobre o direito privado ao esquecimento.

Inclusive, o direito ao esquecimento, foi reconhecido recentemente no Enunciado nº 531 na VI Jornada de Direito Civil<sup>55</sup>, promovida pelo CJF/STJ. Segundo tal enunciado esse direito está incluído a cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Portanto, conclui-se que tal direito insere-se dentro dos valores da personalidade.

Já o segundo instituto surgiu no quadro constitucional brasileiro pela primeira vez em 1891 e é constitucionalmente uma proibição a fim de que não haja cometimento de abusos em nome do princípio da liberdade de expressão, bem como no apontamento de denúncias<sup>56</sup>. E, caso ocorra qualquer desses abusos, com a vedação ao anonimato será possível identificar o ofensor para que haja a devida reparação de qualquer que seja o dano causado a terceiros.

<sup>55</sup> “ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação incluiu o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.”

<sup>56</sup> “Sabemos, Senhor Presidente, que o veto constitucional ao anonimato, nos termos em que enunciado (CF, art. 5º, IV, “in fine”), busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e na formulação de denúncias apócrifas (...) Essa cláusula de vedação - que jamais deverá ser interpretada como forma de nulificação das liberdades do pensamento - surgiu, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, com a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891 (art. 72, § 12). Com tal proibição, o legislador constituinte, ao não permitir o anonimato, objetivava inibir os abusos cometidos no exercício concreto da liberdade de manifestação do pensamento, para, desse modo, viabilizar a adoção de medidas de responsabilização daqueles que, no contexto da publicação de livros, jornais, panfletos ou denúncias apócrifas, viessem a ofender o patrimônio moral das pessoas agravadas pelos excessos praticados, consoante assinalado por eminentes intérpretes daquele Estatuto Fundamental (JOÃO BARBALHO, “Constituição Federal Brasileira - Comentários”, p. 423, 2ª ed., 1924, F. Briguier; CARLOS MAXIMILIANO, “Comentários à Constituição Brasileira”, p. 713, item n. 440, 1918, Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, “inter alia”). (...)” (grifos nossos) Brasil, STF, Informativo 387, Inq 1957/PR, Ministro Relator Carlos Velloso. Voto do Ministro Celso de Mello.

Conforme exposto, foi possível perceber que ambos os institutos tutelam a integridade moral, social e a imagem do indivíduo. O primeiro ao garantir o exercício, por exemplo, de uma nova identidade sem que a anterior cause “sombra” na atual; já o segundo cuida de garantir que não haja abuso no uso da liberdade de manifestação a fim e que esta seja usada, por exemplo, ferindo um valor da personalidade sem que depois seja possível identificar o ofensor<sup>57</sup>.

## **2. O DIREITO À IDENTIDADE: O CASO DOS TRANSEXUAIS**

*“A identidade sexual, como integrante da identidade humana [...] deve ser igualmente tutelada e constituir, assim, objeto de direito subjetivo de personalidade.”<sup>58</sup>*

O transexual<sup>59</sup> é, frequentemente, indivíduo que vive à margem da sociedade por não ser enquadrado nos padrões definidos como “normais”<sup>60</sup>. Ele possui um sexo fisiológico, inscrito na certidão de nascimento, que não é o mesmo do sexo psicológico. Portanto, seu sexo real não é aquele definido por sua genitália originária, mas aquele a que ele se sente pertencente psicologicamente.

Com fins a justificar a regulação dos tratamentos hormonais, cirúrgicos, psicológicos e afins, está classificado no CID 10 – Classificação Internacional de Doenças o *Transexualismo*, hoje chamado de *Desordem da Identidade de Gênero*. A troca de nomenclatura se deu para que tentasse afastar o sufixo *ismo* que significa tradicionalmente termo médico utilizado na denominação das doenças.

---

<sup>57</sup> “A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito, também fundamental individual, de resposta.” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. rev. e atual. Brasil: Malheiros, 2003. Páginas 244.

<sup>58</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O conceito de Identidade e a Redesignação Sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Página 135.

<sup>59</sup> “Entende-se como transexual a pessoa que sente pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico e em razão passa a viver em função desse sentimento e a buscar todos os meios disponíveis para compatibilizar o seu corpo com o do sexo que entende ser o seu, o que pode incluir, além da ingestão de hormônios, cirurgias para modificação da genitália. BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In Bioética e direitos fundamentais. Organizadores Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Saraiva, 2012. Página 138.

<sup>60</sup> “Regular; habitual; ordinário”. Dicionário da língua portuguesa. Porto: Porto Editora, 2013. Página 1129.

## 2.1. O direito à identidade

*“Segundo as ciências médicas e sociais, a verdadeira identidade sexual da pessoa é fornecida pela vertente dinâmica, fruto da interação com o meio familiar e social.”<sup>61</sup>*

A identidade é composta pelo aspecto estável e o dinâmico. O estável é formado pelo nome e pela imagem<sup>62</sup>, ambos positivados no Código Civil nos artigos 16 ao 20. Já o aspecto dinâmico se dá pelo fato de a identidade ser uma construção feita pelo homem ao longo toda sua vida quando em seu convívio social ele vivencia o *sentimento de identidade*<sup>63</sup>.

Contudo, há certa tendência em se entender, juridicamente, a identidade apenas pelo ponto de vista estático desprezando qualquer fator psíquico ou social. Assim o é no caso dos transexuais<sup>64</sup> em que o Direito resiste à sua proteção dando tamanha importância ao sexo biológico e desprezando o sentimento de pertencimento ao outro sexo que há nesses casos.

A identidade não é somente aquela expressa nos documentos oficiais ou aquela visualmente perceptível. Ela também é composta pelas características que a pessoa escolhe adotar ou pelo modo como a pessoa decide se mostrar socialmente. Dessa forma, no caso dos Transexuais, a identidade não deve ser reduzida ao nome e ao gênero expressos no assento de nascimento, mas ser composta por sua percepção de pertencimento a determinado grupo<sup>65</sup>.

Pretende-se visualizar a identidade em sua ligação direta com a liberdade. Explica-se, é livre aquele que pode buscar, expressar e viver

<sup>61</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Resumo.

<sup>62</sup> ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In Revista trimestral de direito civil – RTDC. Vol. 52, outubro a dezembro de 2012. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2000. Página 214.

<sup>63</sup> “Assim, a identidade somente existe para o ser humano em razão do sentimento de identidade, por ele experimentado em seu convívio social.” CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 21.

<sup>64</sup> “Os diferentes conceitos de transexualidade têm como denominador comum a não compatibilização do sexo biológico com a identificação psicológica sexual no mesmo indivíduo.” SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo. Aspectos médicos legais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. Página 105.

<sup>65</sup> Nesse sentido é o trecho de um acórdão do Tribunal da Cidadania: “Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.” Brasil, STJ, Terceira Turma, REsp 1.008.398, Ministra Relatora Nancy Andrihgi, DJE 18.11.2009.

sua identidade nos diversos ambientes sociais em que transita. Assim, sua identidade real será aquela escolhida e livremente vivenciada, em sua melhor e maior plenitude, no dia a dia, e não somente aquela formal expressa em certidões ou quaisquer outros documentos oficiais. Também assim vislumbrou a Constituição Federal ao tutelar o princípio da autonomia nos direitos fundamentais por representarem as "*diversas formas de expressar o modo existencial de ser*"<sup>66</sup>.

Portanto, conjugando o direito constitucional de liberdade com o aspecto dinâmico da identidade defende-se um conceito de identidade que proteja as constantes modificações e os processos de reconstrução psicossocial que podem ocorrer ao longo da vida do ser humano.

No caso dos transexuais tal mister é alcançado, predominantemente, por meio da cirurgia de transgenitalização<sup>67</sup>, quando esta é parte da mudança de sexo (já que há alguns que ainda sem passar por cirurgia se comportam perfeitamente como pessoas do outro sexo), pode ocorrer a afirmação da verdadeira identidade sexual e corporal em detrimento daquela identidade biológica advinda do nascimento.

De outro lado, uma reflexão segundo a classificação das dimensões de direitos possibilita identificar e justificar o direito à identidade em cada uma delas. Ao verificar os direitos de primeira dimensão percebe-se a identidade possível de ser vislumbrada vez que essa dimensão tutela a liberdade de pensar, de agir, de credo e etc. A identidade está vinculada a liberdade para que possa ser realizada plenamente.

Na segunda dimensão de direitos, aqueles em que o Estado deve ter atuação positiva (diferente dos de primeira dimensão em que o Estado deve ter atuação negativa) a identidade pode ser vista ao exigir do Estado a inclusão social. Neste esteio, a inclusão significa reconhecer o direito à diferença, esta de sua importância no processo de afirmação da identidade.

---

<sup>66</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 58.

<sup>67</sup> "O processo de afirmação da identidade através do corpo é também revelado pela identidade sexual, hoje definida pelo gênero, em superação à realidade biológica, o que implica o desempenho de determinado papel sexual na sociedade. As cirurgias de transgenitalização promovidas em transexual, por exemplo, permitem, mediante uma adequação corporal, que ele expresse sua verdadeira identidade sexual, significando o pertencimento a uma nova categoria existencial – masculina ou feminina, dependendo do caso clínico." CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 35.

Ser diferente deve ser tutelado pelo Direito como uma das diversas formas de identidade possíveis e disponíveis ao ser humano.

Já a terceira dimensão refere-se “a direitos difusos, que interessam a grupos humanos (família, povo, nação) sem que exista titularidade individual determinada”<sup>68</sup>. Ainda que os interesses sejam coletivos não há que se excluir deles a identidade. Pelo contrário, há de se tutelá-la a fim de que cada pessoa possa se realizar também quando inserida em determinado grupo.

Por fim, no que tange as dimensões de direitos, a quarta geração inclui o direito à identidade quando tutela, mais uma vez, a liberdade. Esta nova geração de direitos nasce *dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico*<sup>69</sup>. Também nessa dimensão inserem-se assuntos referentes à Biomedicina e, portanto, o surgimento de novas identidades através dos procedimentos que a sociedade hoje tem acesso devido ao avanço científico.

Neste sentido, a redesignação sexual enquadra-se perfeitamente nos direitos de quarta dimensão já que esta abrange a seara pertinente à Biomedicina, cuja seara abrangeria também a Bioética e o Biodireito. Seguindo esse entendimento merece destaque trecho de um acórdão do Tribunal da Cidadania de relatoria da d. Ministra Nancy Andrichi. *In verbis*:

*“A temática da redesignação sexual, enquadrada na quarta geração, conforme classificação da evolução dos direitos do homem concebida por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5 et seq.), por abranger um conjunto de direitos diretamente resultantes dos novos conhecimentos e tecnologias decorrentes das pesquisas científicas da atualidade, está inserida no campo da Bioética, que convoca, em razão de sua abrangência multidisciplinar, a Medicina, a Biologia, a Sociologia, a Psicologia, a Economia, a Filosofia e o Direito, entre outros ramos e, em especial, toda a sociedade, para se manifestarem a respeito da mudança de status sexual dos indivíduos operados.”<sup>70</sup>*

<sup>68</sup> CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Página 286.

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Páginas 209 a 210.

<sup>70</sup> Brasil, STJ, Terceira Turma, REsp 1.008.398, Ministra Relatora Nancy Andrichi, DJE 18.11.2009.

Em última análise a identidade é valor fundamental no exercício da dignidade da pessoa humana, cláusula geral disposta na Carta Magna. Somente com o respeito às diferenças, que fazem com que haja diversas identidades, será possível efetivar a dignidade humana. No caso em estudo é a observância de um aspecto especial da identidade que fará plena a tutela, qual seja, a dinamicidade. Factualmente, não há imutabilidade no que tange ao direito de identidade, essa é construção feita ao longo de toda a vida que envolve diversos tipos de experiências que vão ao fim expressar o que de fato se é.

## **2.2. Transexualidade**

*“O direito tem de disciplinar o que acontece, mas não pode ficar indiferente ao que pode acontecer.”<sup>71</sup>*

Em se tratando de sexualidade, não se pode deixar de mencionar a “revolução” causada por Freud, no início do século XX, quando este rompeu com aquela concepção de vinculação necessária do sexo à reprodução. O conhecido e renomado “pai da psicanálise” rompeu com o pensamento tradicional ao escrever sobre a sexualidade na infância e ao defender que a diferença de sexo não está perfeitamente esboçada na anatomia, ela vigora no inconsciente.<sup>72</sup>

Mesmo hoje, no século XXI, as questões da sociedade que envolvem sexo, em regra, são tratadas como tabus<sup>73</sup>, sempre numa perspectiva de moralidade<sup>74</sup> extrema – por vezes vistas como afronta aos bons costumes.

---

<sup>71</sup> BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao património genético. Coimbra: Almedina, 1998. Páginas 244-245.

<sup>72</sup> BITTENCOURT, V.B. O sexo dos anjos, uma leitura psicanalítica do transexualismo masculino. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Psicanálise do Instituto de Psicologia da UERJ.

<sup>73</sup> “O significado de “tabu”, como vemos, diverge em dois sentidos contrários. Para nós significa, por um lado, “sagrado”, “consagrado”, e, por outro, “misterioso”, “perigoso”, “perigoso”, “proibido”, “impuro”. O inverso de “tabu” em polinésio é “noa”, que significa “comum” ou “geralmente acessível”. Assim, “tabu” traz em si um sentido de algo inabordável, sendo principalmente expresso em proibições e restrições.” FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Rio de Janeiro: Imago, 1999. Página 28.

<sup>74</sup> “Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las. Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição.” REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. 2001. Página 38.

Aqui o tema será tratado sob o ponto de vista da Teoria do Mínimo Ético<sup>75</sup>, segundo a qual o Direito incorpora apenas a base da Moral necessária para que se possa manter a sociedade em harmonia.

O transexual costuma ser um indivíduo posto à margem da sociedade se tornando mal interpretado, e corriqueiramente é uma figura associada à prostituição, ou seja, a ele costuma estar reservado espaço na ilegalidade ou na “imoralidade”. Desse modo, essa ausência de compreensão simplesmente faz com que a sociedade o veja como uma anomalia genética e psíquica, ou para os mais radicais: uma aberração existencial.

Contudo, diante de uma Carta Magna promulgada como sendo a Constituição Cidadã, e de todo o movimento de repersonalização do direito civil, não mais é possível deixar à míngua de tutela<sup>76</sup> o transexual e o seu dilema interno. Ainda mais quando tal ausência de tutela advém em parte da mera dificuldade existente na sociedade em aceitar o que é diferente do tradicional gênero definido pelas genitálias. Inclusive, porque, o assunto também é matéria de saúde pública<sup>77</sup>, vez que ao transexual deve ser dado tratamento psicológico, médico e até cirúrgico quando necessário à identidade.

A partir do estudo sobre o transexual percebe-se que a definição de sexo não se submete à constatação de qual órgão genitor o ser humano tem por natureza. Tal definição é muito mais complexa, envolvendo a análise psíquica e o sentimento de pertencimento àquele gênero que cada indivíduo exerce. Ou seja, o real sexo é aquele que se expressa no interior de cada um, no sentimento, na sua percepção interna, enfim, na alma.

Entendeu o Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero ao promulgar os Princípios de Yogyakarta<sup>78</sup> em seu preâmbulo

<sup>75</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. 2001. Página 38.

<sup>76</sup> “O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim. É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante figuras do Direito. Que são os institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera.” BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. Página 37.

<sup>77</sup> “A definição da identidade sexual – que deve ser examinada como um dos aspectos da identidade humana – e a autorização para a modificação do designativo de sexo dos transexuais, devem ser examinadas sob o crivo do direito à saúde – compreendida, segundo a OMS, como a busca do bem estar físico, psíquico e social –, à luz do princípio da dignidade humana, autêntico arquétipo primordial, uma das bases principiológicas mais sólidas nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito.” Brasil, STJ, Terceira Turma, REsp 1.008.398/SP, Min. Rel. Nancy Andrighi, DJe 18/11/2009

<sup>78</sup> Surgidos da reunião de Especialistas realizada em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 e novembro de 2006.

ao definir a identidade de gênero “*como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;*”.

### **2.3. Histórico do reconhecimento da Transexualidade**

*“Reconhecer-se o diverso implica reconhecer a dignidade que há nessa diversidade, sem que ela seja um estado de desqualificação.”<sup>79</sup>*

Em 1949 o médico David O. Cauldwell utilizou o termo *trans-sexualism* em seu artigo intitulado *Psychopathia Transsexualis*, na revista *Sexology*. A nomenclatura *Transexual*<sup>80</sup> surge na década de 50 a fim de fazer referência àqueles que desejavam viver como o sexo oposto, sendo necessário afirmar que tal nomenclatura era usada independentemente de o indivíduo estar ou não submetido a tratamentos médicos<sup>81</sup>.

O transexualismo é um termo que “*foi ouvido pela primeira vez em 1953 por Henry Benjamin (endocrinologista norte-americano) ao fazer menção*

---

Do qual o Brasil é signatário. Atuando como signatária pelo Brasil Sonia Onufer Corrêa, Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política. Disponível em [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf), última visualização no dia 12.06.2013 às 18:12.

<sup>79</sup> FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. Página 202.

<sup>80</sup> “A palavra transexualidade é originária do latim *trans* e *sexualis*. Na Antiguidade, como fenômeno ligado à sexualidade humana, foi conhecido, tendo sido descrito por Heródoto como doença misteriosa dos citas, povo que vivia nas praias do norte do Mar Negro. Nesta região, homens aparentemente viris enroupavam-se com feminilidade, exercendo o trabalho cabível às mulheres e, de modo geral, personificando-as. Uma efígie de Hércules servindo sua amante Omphale vestido com roupas femininas, despertou ao mundo sua presença. Indisposto com o tema, Hipócrates imputou como causa, ao travestismo entre os citas, um trauma mecânico, originário do exorbitante cavalgar. Esse conceito revive no começo do século XIX, quando a impotência e a feminilização encontradas entre os tártaros foram atribuídas a esse fator.” MOTA, Sílvia. Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)–Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. Orientador: Professor Vicente de Paulo Barretto. Aprovada com distinção. Não publicada. Página 1.

<sup>81</sup> ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo Masculino. Ambulatório de Endocrinologia Feminina, Instituto Estadual de Diabetes de Endocrinologia Luiz Capriglione (IEDE), Rio de Janeiro, RJ. 2001. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext) – última visualização em 24.04.2013 às 15:13.

à divergência psicamental do transexual<sup>82</sup>. A expressão foi utilizada pelo médico em seu artigo *Transvestism and transsexualism* na publicação nº 7 da *International Journal of Sexology*. Mais tarde, em 1966, ele publicou obra fundamental sobre o tema intitulada *The Transsexual Phenomenon*.

Esse médico foi um dos pioneiros a estudar tal condição sexual, bem como a realizar a cirurgia de readequação de sexo. Porém, na análise de Benjamin apenas constava na classificação do transexual os homens com sexo anatômico distinto do mental. Hoje, no entanto, a medicina ao classificar e tratar tais pacientes não menciona qualquer restrição quanto ao sexo anatômico. Ou seja, contemporaneamente o transexual pode ser aquele que nasceu com sexo físico masculino ou feminino.

Não obstante, preliminarmente deve ser feito um breve esclarecimento quanto a frequentes confusões feitas com grupos que acabam sendo tidos como similares, visto que, constantemente associa-se o transexual ao travesti e ao homossexual. Dentre outras características, o travesti é aquele que utiliza roupas do outro sexo para obter satisfação sexual enquanto o homossexual<sup>83</sup> é aquele que se sente atraído (sexualmente) por pessoas do mesmo sexo. Tanto o travesti quanto o homossexual aceitam o seu órgão genital originário não havendo a necessidade de fazer a cirurgia de transgenitalização. Já o transexual tem uma verdadeira repulsa insuperável por sua genitália – já que ela não representa o gênero ao qual ele entende, em seu íntimo, pertencer<sup>84</sup>.

Numa primeira impressão o sexo da pessoa é definido, no nascimento, pela genitália externa – o que se costuma chamar de sexo morfológico. Portanto, aquele primeiro Registro Civil de Nascimento tão somente expressa o sexo de acordo com as características físicas e biológicas, não levando em consideração qualquer outro parâmetro.

Contudo, passados alguns anos pode ser que tal constatação não

<sup>82</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo: mudança no registro civil*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2012. Página 158.

<sup>83</sup> “Realizar os valores da fraternidade e trabalhar por um tempo de delicadeza. Um mundo em que todo amor possa dizer seu nome.” BARROSO, Luis Roberto. *O direito de amar e de ser feliz*. In Manual do direito homoafetivo. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 24.

<sup>84</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo: mudança no registro civil*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2012. Páginas 155 a 159.

deflagrada atenda ao sexo real naquela atualidade. Este somente é constatado quando reanalisada a percepção da pessoa sobre sua própria existência sexual, seus sentimentos em relação ao pertencimento de gênero, seus desejos íntimos, sua experiência e convivência social, ou seja, analisando seu psíquico.<sup>85</sup>

Quando o sexo biológico é diferente do psíquico, surgem problemas de diversas ordens à pessoa. A começar pelo fato de que ocorre um profundo conflito interno devido à desarmonização de seu órgão genitor com o sentimento de pertencimento ao sexo oposto.<sup>86</sup> Apesar de haver a previsão legal<sup>87</sup> de cirurgia de mudança de sexo, há diversos problemas da ordem jurídica ainda a serem enfrentados, como, por exemplo, a mudança do nome e do sexo no Registro de Nascimento.

Oficialmente, somente em 1980 com a introdução do diagnóstico no DSM-III (Manual Diagnóstico e estatístico das Desordens Mentais) a transexualidade passa a ser tratada como questão de saúde pública. Passaram a ser diagnosticados como indivíduos com gênero disfórico aqueles que por, pelo menos, dois anos apresentassem o desejo de transformar o sexo físico. Já em 1994, o DSM-IV o termo *Transexualismo* foi trocado por *Desordem da Identidade de Gênero* e está classificado no CID 10 – Classificação Internacional de Doenças – como uma anomalia (G 64.0) de transtorno de identidade de gênero.<sup>88</sup>

Essa classificação no CID como uma anomalia justifica, ainda, a utilização do termo *transexualismo*, pois sabe-se que o sufixo “*ismo*” é, geralmente, utilizado pela Medicina ao designar algum tipo de doença. Porém, ao mesmo tempo significa ainda que há preconceito ao tutelar tal categoria com base sem seu enquadramento como moléstia, quando, na verdade, já se provou ser o transexual uma pessoa sem qualquer anomalia.

---

<sup>85</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Página 123.

<sup>86</sup> DIAS, Maria Berenice. Transexualismo e o direito de casar. In Seleções Jurídicas, junho/2000, Edição Especial, COAD/ADV, págs. 34/36. Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?50,14>, última visualização em 01.05.2013 às 09:05.

<sup>87</sup> O Código Civil em seu art. 13 permite a cirurgia quando por exigência médica e a Resolução nº 1.955 de 12.08.2010 do Conselho Federal de Medicina é legislação específica sobre o tema.

<sup>88</sup> ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. Ambulatório de Endocrinologia Feminina, Instituto Estadual de Diabetes de Endocrinologia Luiz Capriglione (IEDE), Rio de Janeiro, RJ. 2001. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext) última visualização em 26.04.2013, às 19:03.

No Brasil cabe ao Conselho Federal de Medicina<sup>89</sup> qualquer regulação quanto ao tratamento e quanto à cirurgia de transgenitalização. Segundo este Conselho, a definição de Transexual, constante da Resolução nº 1.955 de 12.08.2010, em seu art. 3º, deve abranger, no mínimo aos seguintes critérios: *desconforto com o sexo anatômico, desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo [fenótipo] e ganhar as do sexo oposto, permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e ausência de outros transtornos mentais.*

Mesmo após anos da divulgação dos primeiros estudos sobre os transexuais, bem como das primeiras cirurgias de mudança de sexo, ainda há uma *“teimosa indiferença do mundo”*<sup>90</sup> em aceitar e entender o conflito pelo qual passa essa categoria em relação a sua identidade.

### 3. MUDANÇA NO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL

*“O que é isso, a identidade? É estar em harmonia com você mesmo, descansar em você mesmo, no seu centro, saber quem você é e o seu valor. A ‘identidade’ é formada e definida por limites, limitações e por escolhas, não por opções ilimitadas e aleatórias. A identidade é moldada e produzida pela experiência. [...]”*<sup>91</sup>

Se hoje a cirurgia de mudança de sexo é tratamento acessível à população brasileira, já que é custeada pelo Sistema Único de Saúde, bem como legalmente positivada em Resolução pelo Conselho Federal de Medicina não se pode falar o mesmo das mudanças no registro civil. Na verdade tal mudança retira a pessoa do estigma do transexual, já que legalmente terá o nome e o sexo ao qual já pertence psicologicamente.

<sup>89</sup> “O paternalismo médico, próprio do paradigma racionalista da modernidade, autoriza o legislador a abri mão da proteção à naturalidade e à moralidade, em nome da voz mais forte da ciência. Assim, tanto a anormalidade como a imoralidade passam a ser consentidas se autorizadas pelo médico, entidade a quem se atribui o poder de determinar o que é saudável e correto do ponto de vista científico.” KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. Revista Pensar, Fortaleza, Vol. 18,N.2, p. 354-400, maio a agosto de 2013. Página 361.

<sup>90</sup> “Como observou Arthur Schopenhauer, a “realidade” é criada pelo ato de querer; é a teimosa indiferença do mundo em relação à minha intenção, a relutância do mundo em se submeter à minha vontade, que resulta na percepção do mundo como “real”, constrangedor, limitante e desobediente.” BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Página 24.

<sup>91</sup> WENDERS, Wim. Cinema além das fronteiras. In MACHADO, Cassiano Elek (org.). Pensar a cultura: série Fronteiras do Pensamento. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2013. Página. 61.

Essa mudança está prevista nos Princípios de Yogyakarta, em seu art. 3º, alínea “e”<sup>92</sup>, que definem, inclusive, como dever do Estado tal garantia nos documentos de identidade das pessoas identificadas com a disforia de gênero. Essa etapa é essencial ao processo de reintegração à sociedade pelo qual passa o transexual, inclusive aqueles que se submetem a tratamento médico, e concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, através de seu direito à identidade.

Neste esteio, um caso emblemático e de repercussão nacional sobre o tema é o processo pelo qual passou a modelo Roberta Close. Após a realização da cirurgia de transgenitalização no ano de 1989 na Inglaterra ela ingressou com demanda judicial a fim de que houvesse retificação em seu registro civil, passando a constar outro prenome e o sexo feminino, ou seja, mudanças a fim de que a identidade “real” de Roberta pudesse ser registrada oficialmente. Neste caso, somente após quinze anos de batalha judicial a modelo conseguiu que o Judiciário permitisse a retificação de seu registro civil.

### **3.1. Cirurgia de mudança de sexo**

*Se meu corpo é meu, porque não seria razoável mudar de sexo? É a pergunta que Pierre Henri Castel (2003) faz em sua obra sobre a transexualidade.*

A primeira premissa que deve restar incontroversa é que o transexual anatomicamente é um indivíduo normal<sup>93</sup> (tanto anatomicamente quanto mentalmente) e saudável. Não há qualquer anomalia em seus órgãos sexuais. Portanto, a realização da cirurgia é adequada e recomendada a fim de que possa ser compatibilizado o sexo físico com o sexo psíquico.<sup>94</sup>

Essa cirurgia, com previsão no art. 13 do Código Civil, é um ato de

---

<sup>92</sup> “e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;”

<sup>93</sup> “Interessante notar que, ao cuidar dos problemas sexuais, Goodwin e Guze, embora fazendo referência ao suicídio e à automutilação praticados pelos transexuais, não os rotulam de insanos. Igualmente Farina entende que o transexual não é doente, mas normal sob todos os aspectos.” SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo. Aspectos médicos legais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>94</sup> SCHEIBE, Elisa. Direitos da personalidade e transexualidade; a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Páginas 29-31.

disposição do próprio corpo autorizado legalmente em virtude de sua finalidade terapêutica. Portanto, é situação claramente diferente do caso dos *wannabes*, pessoas que apresentam forte desejo de amputação de um membro específico<sup>95</sup>.

A primeira cirurgia que se tem notícia oficialmente ocorreu em 1952 na Dinamarca. Contudo no Brasil, nos idos de 1974 na ocasião do IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado na cidade de São Paulo, a cirurgia de mudança de sexo não era considerada como forma de tratamento. Entretanto, foi considerada como mutilante e que sua realização feria o Código de Ética Médica, sendo tipificada como lesão sob o ponto de vista penal<sup>96</sup>.

Sob esse entendimento retrógrado, em 1975 o médico cirurgião plástico Roberto Farina – o primeiro cirurgião brasileiro a realizar procedimento de mudança de sexo no ano de 1971 na cidade de São Paulo – foi processado criminalmente. Neste ano o médico apresentou, no XV Congresso de Urologia, filme sobre a cirurgia de redesignação sexual, tendo dito expressamente que já havia realizado nove cirurgias desse tipo em homens.

Por ocasião do pedido de mudança no Registro Civil<sup>97</sup>, de nome e sexo, por Waldir Nogueira, foi instaurado inquérito policial contra o médico Roberto Farina sob o argumento de que teria ele praticado o crime tipificado no art. 129, §2º, III do Código Penal. A intervenção cirúrgica em Waldir ocorreu no mês de dezembro de 1971, feita pelo cirurgião plástico.

Alguns anos depois, em 1978, o médico foi condenado por fazer a intervenção cirúrgica em Waldir Nogueira, a dois anos de reclusão com base no art. 129, §2º, inciso III do Código Penal. Tal condenação foi revertida<sup>98</sup> no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 06.11.1979, com fulcro no parecer de Heleno Cláudio Fragoso<sup>99</sup> que defendeu a atuação do réu

<sup>95</sup> KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 15 (julho/setembro de 2003). Rio de Janeiro: Padma, 2000. Página 65-66.

<sup>96</sup> Teria o médico infringido o art. 129, §2º, inciso III, do Código Penal. DIAS, Maria Berenice. Transexualismo e o direito de casar. In Seleções Jurídicas, junho/2000, Edição Especial, COAD/ADV, págs. 34/36. Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?50,14>, última visualização em 01.05.2013 às 09:05.

<sup>97</sup> O pedido de mudança no Registro Civil foi denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

<sup>98</sup> “Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental”. Brasil, TJSP, 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, Se. Rel. Octávio Ruggiero, 06.11.1979.

<sup>99</sup> Disponível em [http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/helene\\_artigos/arquivo27.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helene_artigos/arquivo27.pdf), última visualização em 27.04.2013 às 19:15. Publicado na Revista de Direito Penal, nº 25, Ed: forense, Rio de Janeiro, 1979, páginas 25 a 34.

dentro dos limites do exercício regular do direito, previsto no art. 23, III, do Código Penal.

No parecer citado acima, o jurista faz breve relato do histórico do transexualismo e os tratamentos adequados, com abundante respaldo médico. Após a passagem pela história e pelo âmbito social de readequação adentrar-se à análise jurídica propriamente dita. Ao defender o exercício regular do direito o fez sob dois aspectos: há consentimento do paciente – este como causa de exclusão da ilicitude – bem como é recomendação médica a realização de tal cirurgia visando o bem estar daquele que sofre com a disforia de gênero. Por último, destacou a ausência de dolo – que exclui a tipicidade da lesão corporal –, uma vez que, o médico age de forma a curar uma anomalia.

Porém, somente em 1997, com a Resolução nº 1.482 de 10.09.1997<sup>100</sup>, o Conselho Federal de Medicina passou a permitir legalmente – e dentro dos limites éticos – a realização da cirurgia de redesignação de sexo. Ressalta-se que apesar de haver tal permissão, o Conselho considerava a cirurgia método experimental<sup>101</sup> e, como consequência, sua realização somente poderia se dar em hospitais universitários ou públicos<sup>102</sup>. Tal autorização adveio da conclusão de que “não há de fato afronta à ética na realização da cirurgia, vez que o Código Penal não a define como crime”<sup>103</sup>.

Anos após, com a evolução legislativa e médica sobre o assunto adveio a Resolução nº 1.652 de 02.12.2002<sup>104</sup>, também do Conselho Federal de Medicina. Esta nova Resolução se diferencia da anterior, basicamente, em dois novos

---

<sup>100</sup> Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482\\_1997.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm), última visualização em 30.04.2013 às 23:30.

<sup>101</sup> “1. Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo;” Resolução nº 1.482 de 10.09.1997, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>102</sup> “4. As cirurgias só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.” Resolução nº 1.482 de 10.09.1997, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>103</sup> “CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;” e “CONSIDERANDO que o artigo 42 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime;” Resolução nº 1.482 de 10.09.1997, do Conselho Federal de Medicina.

<sup>104</sup> Disponível em [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652\\_2002.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm), última visualização em 30.04.2013 às 23:35.

pontos. Primeiro, por prever em seu art. 4º que a equipe responsável pela cirurgia contará também com um endocrinologista, além do psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, todos já previstos na primeira Resolução.

Em adição a tais previsões, diante de experiências bem sucedidas a cirurgia *para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa*<sup>105</sup>. Tal mudança na legislação significa que essa cirurgia não mais é considerada como experimental. Diferente da cirurgia de adequação do fenótipo feminino para o masculino, que continua sendo tratada como experimental<sup>106</sup> e, portanto, somente teriam permissão para serem realizadas em hospitais universitários e/ou públicos.

Atualmente, é a Resolução nº 1.955 de 12.08.2010 do Conselho Federal de Medicina que está em vigor e rege a cirurgia de transgenitalização. Por dificuldades técnicas ainda se manteve a cirurgia do tipo neofaloplastia – cirurgia responsável pela construção do órgão genital masculino – em estado experimental. Essa cirurgia é mais complexa e engloba três fases<sup>107</sup>, enquanto a transgenitalização do fenótipo masculino para o feminino é mais simples e realizada em um só tempo cirúrgico<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> “Art. 6º Que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa.” Brasil, Resolução nº 1.652 de 02.12.2002.

<sup>106</sup> “Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.” Brasil, Resolução nº 1.652 de 02.12.2002.

<sup>107</sup> “Inicialmente, o paciente será submetido à laparotomia, momento em que lhe são retirados o útero, os ovários e anexos. Passados pelo menos 30 dias, é retirada do paciente a vagina e construído o neopênis e o escroto. Essa construção é feita com enxerto retirado de tecido do antebraço, pronto a dar função a uretra e para receber a prótese peniana. O último passo, que só será procedido quando houver a perfeita cicatrização das intervenções anteriores, levando aproximadamente 90 dias, será introduzido, na base do neopênis um tubo siliconizado, que será fixado no osso do púbis. Tal prótese é suficientemente rígida, permitindo a prática da relação sexual e a maleabilidade quando não há interesse. O volume dos testículos será simulado através da introdução de duas estruturas ovoides, com silicone gel, colocados na mesma oportunidade. A sensibilidade cutânea será estabelecida em aproximadamente um ano após a realização da cirurgia, em pelo menos 2/3 do neopênis.” SCHEIBE, Elisa. Direitos da personalidade e transexualidade; a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Página 36.

<sup>108</sup> “Primeiramente, realiza-se a amputação do pênis, preservando-se a glândula, que será colocada lugar do clitóris, de forma que o paciente não perca a sensibilidade. A seguir, a uretra é implantada, cuidando para que sobre parte da mucosa, prevenindo sua utilização no caso de infecção pós-operatória. Em seguida, retiram-se os testículos e o fúnculo espermático, preservando-se o escroto que, posteriormente, será usado na construção da neovagina. No perineo será criada uma fenda que será a nova vagina. Ao final, é inserido no orifício um molde metálico ou siliconizado, revestido com gaze, para que se mantenha a hemostasia, prevenindo, ainda, que as cavidades de colem. Este molde deverá ser utilizado pelo paciente no período do pós-operatório, até que as funções sejam estabilizadas.” SCHEIBE, Elisa. Direitos da personalidade e transexualidade; a

Conforme instrução da Resolução nº 1.955 de 12.08.2010 a cirurgia somente pode ocorrer após dois anos de acompanhamento terapêutico, em pessoa maior de 21 anos e que já tenha o diagnóstico de transexualismo. Importante reconhecimento do fenômeno aqui estudado é a determinação do SUS de que, no caso de internação médico-hospitalar, o transexual será internado na enfermaria de acordo com o seu sexo psíquico, independente do registro civil<sup>109</sup>. Ou seja, é o reconhecimento do Poder Público de que a sexo não é definido pelos caracteres sexuais que a pessoa tem ao nascer, mas pela junção de diversos fatores – como os genéticos, sociais, psicológicos.

Além dos exames físicos, imperativo a avaliação psicológica dos candidatos com fins a identificar se a pessoa possui personalidade feminina ou masculina. Bem como, nesta fase, cabem questionamentos quanto às experiências sexuais passadas a fim de verificar qual grau de satisfação fora obtido. Em seguida, é aconselhável que o transexual passe a adotar os trajes típicos do sexo que se identifica psiquicamente. Somente a partir dessa nova adequação social é que os médicos recomendam o início da terapia hormonal.

A caracterização da transexualidade como doença faz com que, além do direito à identidade, toda a questão seja tratada também sob o ponto de vista da saúde pública. E, dessa forma, sendo a saúde direito constitucional consagrado como direito social no art. 6º e também do art. 196 ao art. 200 da Constituição Federal, sendo inclusive competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sua tutela, de acordo com o art. 23.

### **3.2. Mudança de nome**

*"[...] o nome representa bem mais que o sinal de reconhecimento do seu titular pela sociedade: o nome estampa a própria identidade da pessoa humana."<sup>110</sup>*

O nome é, objetivamente, elemento que distingue uma pessoa da outra fazendo com que haja individualização<sup>111</sup>. O nome completo de uma pessoa

---

promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008. Página 36.

<sup>109</sup> Determinação expressa no sítio eletrônico do portal da Saúde do SUS [http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar\\_texto.cfm?idtxt=34017&janela=1](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=34017&janela=1), última visualização em 22.04.2013 às 16:27.

<sup>110</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. Página 205.

<sup>111</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In Manual de teoria geral do direito civil. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Belo

é composto, geralmente, pelo prenome e nome de família podendo haver, ainda, o sobrenome. Por sua vez, o prenome é conhecido como “nome de batismo, nome batismal, nome próprio, nome individual [ou apenas] nome”<sup>112</sup>. O nome de família também é chamado de “apelido de família, patronímico, sobrenome, cognome ou, patrimônio”<sup>113</sup>. Já o sobrenome, que comumente é entendido como sendo o nome de família, na verdade seriam “outros nomes individuais, quando múltiplos”<sup>114</sup>.

O direito ao nome é elemento da identidade que possui tutela autônoma no ordenamento brasileiro ao ser positivado no Código Civil, nos artigos 16 ao 19. O nome, segundo conta a história, é “o primeiro direito da personalidade que foi objeto de preocupação específica dos juristas, isto muito antes que se cogitasse da própria categoria dos direitos da personalidade.”<sup>115</sup> Ainda que na Antiguidade houvesse regulação através dos usos e costumes, e também das práticas religiosas, o nome sempre figurou como instituto de grande importância.

O nome é entendido como sendo não só um direito, mas também um dever<sup>116</sup>. Há o direito que se vislumbra através do uso, da defesa e da reivindicação que são atribuídos ao possuidor do nome<sup>117</sup>. Porém, há a parte obrigacional em que deve se conservar e o dever legal de uso conforme o assento registral a fim de que seja resguardado o melhor interesse social.

Contudo, não é razoável a primazia do interesse social em detrimento da individualização pessoal no que tange ao nome. Tal primazia funciona de forma a perpetuar o princípio da imutabilidade do prenome<sup>118</sup>. Esse princípio

Horizonte: Del Rey, 2011. Página 249.

<sup>112</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Nome e Sexo: mudança no registro civil. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2012. Página 11.

<sup>113</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Nome e Sexo: mudança no registro civil. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2012. Página 08.

<sup>114</sup> Quando há nome composto, por exemplo, Pedro Henrique. BRAGA, Antonio Pereira. Alteração no nome civil. Revista de Crítica Jurídica, vol.6.

<sup>115</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª ed. revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Página 51.

<sup>116</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I, 23. Ed., 3 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Página 208.

<sup>117</sup> “[...] para proteger a esfera íntima e o interesse da identidade do indivíduo, direito da sua personalidade.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Página 152.

<sup>118</sup> ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In Revista trimestral de

é entendido por muitos como absoluto<sup>119</sup> por força da antiga redação do art. 58 da Lei de Registros Públicos<sup>120</sup>. Aliás, com a nova redação conferida pela Lei 9.708 de 1998 o art. 58 passou a dispor que o prenome seria definitivo<sup>121</sup>.

Entretanto, importante considerar que o nome é elemento da personalidade individual<sup>122</sup> sendo um dos valores da personalidade dos mais relevantes ao ser humano. Portanto, não há qualquer primazia do interesse público que possa minimizar o direito que se tem de refletir no nome sua verdadeira essência enquanto pessoa.

Considerando o nome como um valor da personalidade, e tendo como premissa ser a mesma construída ao longo da vida e, portanto, passível de modificação, não cabe adotar o princípio da imutabilidade como justificativa para negar a alteração do prenome no caso do transexual<sup>123</sup>.

Da disposição legal advinda da Lei de Registro Públicos, ultrapassada a interpretação de que há expressa imutabilidade do prenome, tira-se o entendimento de que a mudança do prenome deve ser motivada. Para tanto se exige um processo judicial a fim de verificar se há de fato motivo razoável a justificar a alteração pretendida.

Adentrando no caso dos transexuais, não há texto expresso quanto à autorização da mudança de prenome<sup>124</sup>, o que significa dizer que tais casos acabam por ficar ao crivo do judiciário<sup>125</sup>. Neste caso o justo motivo que

---

direito civil – RTDC. Vol. 52, outubro a dezembro de 2012. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2000. Página 206.

<sup>119</sup> Em sentido contrário: “O princípio, porém, nunca foi absoluto.” MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010. Página 152.

<sup>120</sup> Lei 6015/1973, art. 58: O prenome será imutável.

<sup>121</sup> Lei 6015/1973, art. 58, nova redação: O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

<sup>122</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In Manual de teoria geral do direito civil. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. Página 250.

<sup>123</sup> “[...] resulta estreme de dúvidas que, diante da excepcionalidade do caso em tela, é de prevalecer à regra da imutabilidade o direito à alteração do prenome, por força do art. 58 da Lei n.º 6.015/73. Inclusive, tem-se por desnecessária a prova a respeito das situações vexatórias vivenciadas pelo recorrente, sendo do conhecimento de todos os constrangimentos diários pelos quais passam pessoas como o apelante.” Brasil, TJRS, 7ª Câmara Cível, AC 70013909874, Rel. Des. Maria Berenice Dias, DJ 5/4/2006, fl. 179.

<sup>124</sup> “Sem a qualificação civil adequada ao corpo que resultou do tratamento, um corpo de mulher ou de homem, o indivíduo vê frustradas todas as suas expectativas de vida, no âmbito público ou privado.” BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em face da bioética: o caso dos transexuais. In Bioética e direitos fundamentais. Organizadores Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Saraiva, 2012. Páginas 139.

<sup>125</sup> “O magistrado não deve analisar a partir de conceitos pessoais o pedido de mudança de nome, mas sim as razões íntimas e psicológicas do autor da demanda, que devem refletir a identidade da pessoa de forma

enseja a alteração é o fato daquele prenome não mais refletir a verdadeira identidade pessoal/sexual<sup>126</sup> do autor da demanda.

Ainda esbarra-se em mais uma crítica: a segurança jurídica de terceiros pode estar em risco quando da autorização para mudança do prenome. Neste ponto, conforme inclusive já procedeu o STJ em Recurso Especial da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi<sup>127</sup>, basta exigir do interessado na mudança que ele apresente certidões que possam resguardar terceiros e, até mesmo, o Estado. Tais certidões são úteis a proteção de terceiros do que se manter na nova certidão averbado que houve mudança por decisão judicial.<sup>128</sup>

Diante da ausência de norma específica é possível que o transexual se socorra do próprio diploma dos Registros Públicos quando na busca pela mudança do prenome. Extrai-se do art. 55 deste diploma a proibição do registro de prenome que possa expor a pessoa ao ridículo. Pois bem, enorme constrangimento traz ao transexual ter em sua certidão e documentos oficiais com prenome que remete ao seu sexo físico e não ao sexo real.

Ao utilizar como fundamento o referido artigo a discussão quanto à mudança não, necessariamente, adentra no direito à identidade pessoal e sua tutela constitucional pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, é possível que evite qualquer teorização com base em conceitos e valores pessoais do magistrado (ou mesmo preconceitos arraigados) fazendo com que a discussão seja objetivamente focada nos danos existenciais que um nome masculino pode causar a uma pessoa do sexo feminino e vice e versa.

---

objetivamente externada.” ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In Revista trimestral de direito civil – RTDC. Vol. 52, outubro a dezembro de 2012. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2000. Página 218.

<sup>126</sup> “[...] com os transexuais essa questão se tornou ainda mais emblemática e comprova que o prenome nem sempre serve de maneira eficaz como indicação do sexo, razão pela qual não deve figurar como uma de suas funções.” ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In Revista trimestral de direito civil – RTDC. Vol. 52, outubro a dezembro de 2012. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2000. Página 212.

<sup>127</sup> “Por fim, destaca-se que o recorrido trouxe aos autos certidões expedidas por diversos órgãos federais e estaduais, de modo a resguardar eventuais direitos de terceiros.” Brasil, STJ, Terceira Turma, REsp 1.008.398, Ministra Relatora Nancy Andrighi, DJE 18.11.2009.

<sup>128</sup> “Preservação da boa-fé de terceiros e das normas registrares, devendo ser averbada a decisão no registro civil, constando nas certidões que as alterações de nome e gênero decorrem de ato judicial. Precedente do STJ no Resp. 678.933. Inexistência de discriminação ilegítima.” Brasil, TJRJ, 12ª Câmara Cível, Apelação 0180968-76.2007.8.19.0001, Des. Rel. Nanci Mahfuz, Julgamento 08/09/2009.

Outrossim, percebe-se que na prática dos tribunais, quando o pedido de mudança de prenome ocorre após a cirurgia de transgenitalização, há hoje pouca resistência em deferi-lo<sup>129</sup>. Apesar de haver discrepância quanto a informar ou não na nova certidão que houve mudança por decisão judicial<sup>130</sup>. Esta última observação mostra que ainda há resistência do judiciário em conceder a mudança concebendo ser esta a nova identidade do autor da demanda e descartando qualquer elo com o registro anterior por ele não expressar verdadeiramente quem é aquela pessoa.

### **3.3. Mudança no Registro Civil independente da realização da cirurgia de transgenitalização.**

*“As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social.”<sup>131</sup>*

Verifica-se que tem sido muito comum o Judiciário permitir a mudança no registro civil adotando como um dos fortes argumentos o fato de que é preciso deferir a mudança para que ela espelhe a nova realidade daquela pessoa após a cirurgia de transgenitalização.

Ou seja, já que após a cirurgia o transexual passa a adotar o sexo físico compatível com o psicológico e, dessa forma, seria *“titular do direito à alteração”*<sup>132</sup>, afrontaria o princípio da dignidade humana deixar que o registro permaneça fazendo referência às características de nascimento.

---

<sup>129</sup> “A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade.” Brasil, STJ, REsp 737.993/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009.

<sup>130</sup> Enquanto no julgado REsp 737.993 o Ministro João Otávio Noronha determina “No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial.”, no julgado REsp 1.008.398 a Ministra Nancy Andriighi determinou o contrário “Determino, outrossim, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual.”

<sup>131</sup> NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Página 19.

<sup>132</sup> “O autor se submeteu a cirurgia de transgenitalização de homem para mulher (orquiectomia bilateral, amputação peniana e neocolpovulvoplastia), tornando-se titular do direito à alteração do sexo no registro civil. Indeferi-la consubstanciaria afronta ao princípio universal da dignidade humana;” Brasil, TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação 0003274-54.2008.8.19.0044, Des. Rel. Ademir Pimentel, Julgamento 05/09/2011.

Ou ainda, que manter o registro conforme o originário e não sendo compatível com as atuais características das genitálias seria deixar a pessoa em “estado de anomalia”<sup>133</sup>. E, neste sentido, haveria negativa ao direito personalíssimo à orientação sexual, portanto, nítido que a orientação sexual somente ganhou tutela após a cirurgia de mudança de sexo.

Entretanto, vislumbra-se nestes julgados a dificuldade de o Judiciário entender o que de fato é o transexual e suas reais necessidades. Pois, continua-se conferindo maior importância ao sexo físico em detrimento do sexo psicossocial. Como se somente após a cirurgia a pessoa se transformasse naquele sexo, quando, na verdade, psicologicamente aquele sexo já era o *natural*. O que a cirurgia propicia é apenas um condicionamento externo a fim de que a genitália passe a expressar o seu sexo real.

Caso houvesse a real preocupação em tutelar essa minoria tendo em vista seu direito à identidade<sup>134</sup> a alteração não deveria ser justificada ou ter como pré-requisito a realização da cirurgia de transgenitalização. A identidade não está condicionada somente às características físicas, ela deve expressar quem de fato se é. O que deve incluir a percepção que se tem através do psicológico, através do sentimento de pertencimento que a pessoa tem quanto a determinado aspecto da vida e como ela se comporta e se mostra aos outros nos diversos meios sociais em que transita.

Insta destacar que enquanto o Judiciário está nesse desencontro de decisões e entendimentos, o Poder Executivo federal – através da Portaria nº 233/2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – e o do Estado do Rio de Janeiro – através do Decreto nº 43.065/2011 – já adotaram providências de modo a aceitar o uso do nome social pelo transexual em seus atos e procedimentos<sup>135</sup>. Tal aceitação independe da comprovação da

<sup>133</sup> “Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual.[...] A conservação do sexo masculino no assento de nascimento do recorrente, motivada pela realidade biológica em detrimento das realidades social, psicológica e morfológica, manteria o transexual em estado de anomalia, importando em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por negativa ao direito personalíssimo à orientação sexual.” Brasil, TJRJ, 9ª Câmara Cível, Apelação 0006662-91.2008.8.19.0002, Des. Rel. Carlos Eduardo Moreira Silva, Julgamento 07/12/2012.

<sup>134</sup> “O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou sobre a questão, decidindo o que é perfeitamente possível a alteração antes da cirurgia, com base no direito à identidade pessoal e no princípio da dignidade humana.” Brasil, TJRS, Oitava Câmara, AC 70022504849, Des. Rel. Rui Partanova, DJ 16.04.2009. Página 240.

<sup>135</sup> ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In Revista trimestral de direito civil – RTDC. Vol. 52, outubro a dezembro de 2012. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2000. Página 241.

realização da cirurgia, em nítido apreço ao direito à identidade e contrário ao princípio da imutabilidade do prenome.

Neste sentido, tramita no Supremo Tribunal Federal uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4275/2009), proposta pela Procuradoria Geral da República, para que seja dada interpretação constitucional ao art. 58 da Lei 6.015/73 e que se reconheça o direito dos transexuais a mudarem o prenome e sexo no registro civil independente da realização da cirurgia de transgenitalização.

A ADI fundamenta-se no fato de que não reconhecer o direito à troca do prenome (e também do sexo) pelo transexual para que haja adequação do registro à verdadeira identidade de gênero, ou seja, a identidade psicossocial e não aquela fisiológica, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, da vedação à discriminação odiosa<sup>136</sup>, da igualdade<sup>137</sup>, da liberdade e da privacidade<sup>138</sup>

Portanto, a mudança no registro civil deve vir a espelhar essa identidade e não simplesmente vislumbrar possível a identidade física de acordo com a presença de determinada genitália. Importa quem a pessoa é e como se mostra à sociedade, o que ela leva de carga genética não deve ser primordial quando da lavratura de um registro de identificação.

#### **4. CONCLUSÃO**

Diante do exposto no presente trabalho, tendo a Constituição Federal tutelado os valores personalíssimos através da cláusula geral da dignidade da pessoa humana e, tendo o Código Civil disposto de capítulo ao mesmo tema, não há que se questionar o enquadramento do direito à identidade no rol dos valores da personalidade.

Portanto, inexistente qualquer negativa ao direito à identidade que possa se sustentar sob o argumento de ausência de positividade. Diante do fato de que a identidade somente terá tutela efetiva se vista sob o ponto de vista dinâmico, não deve o Estado criar situações existenciais

---

<sup>136</sup> Brasil, CFRB, art. 3º, inciso IV.

<sup>137</sup> Brasil, CFRB, art. 5º, caput.

<sup>138</sup> Brasil, CFRB, art. 5º, caput e inciso X.

imutáveis. Sendo assim, foi apresentado o caso dos transexuais e toda a sua trajetória de ter reconhecimento enquanto sentimento de pertencimento a determinado sexo, e não somente quanto ao sexo biológico.

A readequação do sexo deve ser entendida como a concretização dos valores da personalidade, vez que atende aos anseios de adequação de uma realidade psicológica com a física. Neste ponto, de suma importância que o Estado, através do Sistema Único de Saúde, continue oferecendo à população tratamentos de redesignação sexual para que o direito à identidade pessoal não fique circunscrito à classe abastada.

Contudo, ainda que reconhecido o direito à identidade pessoal do transexual, e o direito ao tratamento médico (gratuito àqueles que não podem arcar com os custos), ainda é necessário que se reconheça o direito de constar no registro civil as mudanças necessárias a fim de que seja compatível o sentimento de identidade com os dados pessoais.

Ademais, importante ressaltar que a mudança no registro não deve estar condicionada a realização de tratamento médico ou cirúrgico, vez que o que importa é o sentimento de pertencimento existencial.

Portanto, tem-se que a identidade é dinâmica e o nome predominantemente estável. Porém, essa estabilidade deve vigorar enquanto mantida determinada identidade, e quando ela muda, o nome deve acompanhar tal modificação. Somente desta forma será possível tentar minimizar o sofrimento e preconceito pelos quais passa o transexual.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In Revista trimestral de direito civil – RTDC. Vol. 52, outubro a dezembro de 2012. Rio de Janeiro: Ed. Padma, 2000. Páginas 203-243.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoas, direitos fundamentais e direitos de personalidade. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 7, vol. 26, abril a junho de 2006. Rio de Janeiro: Ed. Padma.
- ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo Masculino. Ambulatório de Endocrinologia Feminina, Instituto Estadual de Diabetes de Endocrinologia Luiz Capriglione (IEDE),

*O direito à identidade tutelado pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana: o caso dos transexuais*

---

Rio de Janeiro, RJ. 2001. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext)

- BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Uma sucinta análise da teoria dos sistemas para com a propriedade intelectual. Revista Eletrônica do IBPI. Nr. 6, ano 2012. Páginas 408-429
- BARBOZA, Heloisa Helena. Disposição do próprio corpo em faze da bioética: o caso dos transexuais. In Bioética e direitos fundamentais. Organizadores Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera. São Paulo: Saraiva, 2012. Páginas 126-147.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. O direito de amar e de ser feliz. In Manual do direito homoafetivo. Coordenadores: Carolina Valença Ferraz [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2013. Páginas 23-28.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BITTENCOURT, V.B. O sexo dos anjos, uma leitura psicanalítica do transexualismo masculino. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Psicanálise do Instituto de Psicologia da UERJ.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGA, Antonio Pereira. Alteração no nome civil. Revista de Crítica Jurídica, vol.6.
- Brasil, Código Civil de 2002.
- \_\_\_\_\_, Código Penal 1940.
- \_\_\_\_\_, Constituição Federal da República Federativa do Brasil.
- \_\_\_\_\_, Lei nº 6.015 de 31.12.1973.
- \_\_\_\_\_, STF, MS 24.369-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.2012.
- \_\_\_\_\_, STF, Informativo 387, Inq 1957/PR, Ministro Relator Carlos Velloso. Voto do Ministro Celso de Mello.
- \_\_\_\_\_, STF, ADI 4275.
- \_\_\_\_\_, STJ, Quarta Turma, REsp nº 1.335.153, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, DJ 28.05.2013.
- \_\_\_\_\_, STJ, Terceira Turma, REsp 1.008.398, Ministra Relatora Nancy Andrighi, DJE 18.11.2009.
- \_\_\_\_\_,STJ, Quarta Turma, REsp 737.993, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ em 10/11/2009, DJe 18/12/2009.
- \_\_\_\_\_, TJRS, Sétima Câmara Cível, AC 70013909874, Rel. Des. Maria Berenice Dias, DJ 5/4/2006.

- \_\_\_\_\_, TJRJ, Décima Segunda Câmara Cível, Apelação 0180968-76.2007.8.19.0001, Des. Rel. Nanci Mahfuz, DJ 08/09/2009.
- \_\_\_\_\_, TJRJ, Décima Terceira Câmara Cível, Apelação 0003274-54.2008.8.19.0044, Des. Rel. Ademir Pimentel, DJ 05.09.2011.
- \_\_\_\_\_, TJRJ, Nona Câmara Cível, Apelação 0006662-91.2008.8.19.0002, Des. Rel. Carlos Eduardo Moreira Silva, DJ 07/12/2012.
- \_\_\_\_\_, TJRS, Oitava Câmara, AC 70022504849, Des. Rel. Rui Partanova, DJ 16.04.2009.
- \_\_\_\_\_, TJSP, 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, Se. Rel. Octávio Ruggiero, 06.11.1979.
- \_\_\_\_\_, Resolução nº 1.482 de 10.09.1997, do Conselho Federal de Medicina.
- \_\_\_\_\_, Resolução nº 1.652 de 02.12.2002, do Conselho Federal de Medicina.
- \_\_\_\_\_, Resolução nº 1.955 de 12.08.2010, do Conselho Federal de Medicina.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- CHOERI, Raul Cleber da Silva. O Conceito de Identidade e a Redesignação Sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. O Direito à Identidade na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. Transexualismo e o direito de casar. In *Seleções Jurídicas, junho/2000, Edição Especial, COAD/ADV*, págs. 34/36. Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?50,14>, última visualização em 01.05.2013 às 09:05.
- Dicionário da língua portuguesa. Porto: Porto Editora, 2013. Página 1129.
- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª ed. revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Páginas 35-60.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo – cirurgia. Lesão corporal. Disponível em [http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo27.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo27.pdf), último acesso no dia 12.06.2013, às 21:06.
- FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. Rio de Janeiro: Imago, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14ª edição revista e atualizada. Brasil: Ed. Malheiros, 2010.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

*O direito à identidade tutelado pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana: o caso dos transexuais*

---

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: Os casos dos transexuais e dos wannabes. Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 15 (julho/setembro de 2003). Rio de Janeiro: Padma, 2000. Páginas 41-72.

\_\_\_\_\_. Privacidade e corpo: convergências possíveis. Revista Pensar, Fortaleza, Vol. 18,N.2, p. 354-400, maio a agosto de 2013.

LÓBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Diogo Carvalho. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, Ano 10, vol.37, janeiro a março de 2009. Rio de Janeiro: Ed. Padma.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Vol. 1, 1991. Rio de Janeiro: publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

\_\_\_\_\_. Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, Renovar: 2010.

\_\_\_\_\_. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In Manual de teoria geral do direito civil. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. Página 250.

MORAES, Maria Celina Bodin; KONDER, Carlos Nelson. Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MOTA, Sílvia. Da bioética ao biodireito: a tutela da vida no âmbito do direito civil. 1999. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil)–Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. Orientador: Professor Vicente de Paulo Barretto. Aprovada com distinção. Não publicada.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I, 23. Ed., 3 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Página 208.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Princípios de Yogyakarta. Atuando como signatária pelo Brasil Sonia Onufer Corrêa, Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política. Disponível em [http://www.clam.org.br/pdf/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf) , última visualização no dia 12.06.2013 às 18:12.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. 2001.

Resolução nº 1.482 de 10.09.1997, do Conselho Federal de Medicina

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In A Parte Geral do Novo

- Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. 3ª Ed. Revista. Coordenador Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Páginas 1-34.
- SABADELL, Ana Lucia. Manuel de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SALDANHA, Nelson. Sociologia do direito. 6 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. , 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SCHEIBE, Elisa. Direitos da personalidade e transexualidade; a promoção da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva plural. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. rev. e atual. Brasil: Malheiros, 2003.
- SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo. Aspectos médicos legais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 33.
- \_\_\_\_\_. Temas de Direito Civil. 4ª ed revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. Nome e Sexo: mudança no registro civil. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2012.



---

# *CONFLITO ENTRE MARCA, NOME EMPRESARIAL, TÍTULO DE ESTABELECIMENTO E NOME DE DOMÍNIO*

---

*Newton Silveira<sup>1</sup>*

REsp nº 1238041/SC (2011/9035484-1)

Partes: - **Geração Comércio de Automóveis Ltda. (São Paulo)**

Autora – Apelante – Recorrente

- **Boeira & Boff Ltda. ME (Santa Catarina)**

Ré – Apelada – Recorrida

Do exame do acórdão, apesar de diversas referências ao princípio da especialidade (ou da especificidade, no jargão do acórdão), parece não haver qualquer questão relativa à especialidade dos sinais distintivos objeto da lide – ambos são iguais (Geração) e se aplicam ao ramo de comércio de veículos.

O que se discute é, exclusivamente, o âmbito territorial dos sinais distintivos de cada uma das partes. O que implica na análise cronológica da aquisição dos direitos de cada qual.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Civil, Doutor em Direito Comercial e Professor Senior na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Founding father de ATRIP - International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property. Diretor Geral do IBPI – Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Fundador, ex-presidente e conselheiro nato da ASPI – Associação Paulista da Propriedade Intelectual. Vice-Presidente do Instituto Biodivertech. Presidente do IDCBJ – Instituto de Direito Comparado Brasil Japão. Professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Keio, Tokio. Hóspede ilustre da cidade de Quito, Ecuador. Medalha Prof. Dr. Antônio Chaves, conferida pela Academia Brasileira de Arte, Cultura e História da OAB/SP. Sócio do escritório Newton Silveira, Wilson Silveira e Associados Advogados.

Boeira & Boff Ltda. constituiu-se em 1996 perante a Junta Comercial de Santa Catarina, declarando no seu ato constitutivo o título de estabelecimento adotado – Geração.

Com esse ato teria adquirido o direito ao título de estabelecimento no território do Estado de Santa Catarina (por analogia à proteção do nome empresarial conforme o Código Civil), ou no território do município (por aplicação da antiga norma do Código da Propriedade Industrial de 1945), ou no âmbito territorial de sua atuação (segundo as regras das normas de concorrência desleal – área da clientela). Mas sempre um direito territorialmente limitado.

Já Geração Comércio de Automóveis Ltda. foi constituída em São Paulo no ano de 2001, quando adquiriu direito ao seu nome empresarial no território de São Paulo, na conformidade da atual regra insculpida no Código Civil de 2002 e Lei n. 8.934/94.

Assim permaneciam, cada qual em sua área geográfica de atuação. Alterando o panorama, a sociedade paulista requereu, em 2003, o registro da marca GERAÇÃO com o fito de estender a proteção local para todo o território nacional. Essa marca, depositada em 2003 foi concedida em 2010 na classe 12 (indústria e comércio de veículos) e se acha em vigência, sem, no entanto, atingir o uso anterior por parte de Boeira & Boff Ltda., direito adquirido no Estado de Santa Catarina<sup>2</sup>.

A sociedade catarinense, no entretempo, solicitou registro para a mesma marca em 2004 na classe 35 (estabelecimento comercial), registro esse concedido em 2013, para valer em todo o território nacional<sup>3</sup>.

Reabriu-se, assim, canhestamente, a questão da especialidade, uma para indústria e comércio de automóveis, outra para loja de comércio de automóveis. Ou seja, o INPI, metendo a colher, conclui que a classe 12 é diferente da 35 no caso...

Isso posto, o Relator no STJ, Marco Aurélio Bellizze, concluiu:

<sup>2</sup> Registro da marca “GA GERAÇÃO AUTOMÓVEIS” sob nº 825535468, depositada em 24/06/2003 e concedida aos 25.05.2010, sem direito ao uso exclusivo de “AUTOMÓVEIS”.

<sup>3</sup> Registro da marca “GERAÇÃO AUTOMÓVEIS” sob nº 826986510, depositada em 29/11/2004 e concedida aos 05/03/2013, sem direito ao uso exclusivo de “AUTOMÓVEIS”.

*“Assim, seja por deter registro próprio junto ao INPI, seja por aplicação harmonizada do princípio da anterioridade e da territorialidade, a par de discutível a convivência das duas marcas sob o prisma da especialidade, deve-se reconhecer o direito de exploração da marca ao primeiro utente de boa-fé, in casu, o recorrido.*

*Esse direito de exploração, na hipótese dos autos, contudo, não está restrito ao âmbito territorial do estado relativo à junta comercial, diante do registro posterior também efetuado pelo recorrido – ao menos, enquanto válidos os registros.*

*Quanto ao domínio utilizado na rede mundial de computadores, aplica-se o princípio ‘first come, first served’, como definido no relevante e já citado voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva (REsp n. 658.789/RS, Terceira Turma, DJe 12/9/2013).*

*Isso porque, a despeito da ressalva lá consignada quanto à eventual contestação por titular de registro de marca ou nome empresarial utilizado na composição do domínio, nesta hipótese, ambas as partes têm legítimo direito à utilização dos termos ‘Geração Automóveis’.*

*Com essas considerações, atendo-se aos estritos limites em que posta a lide, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.*

*É como voto.”*

É preciso acrescentar que, tradicionalmente, as marcas eram de indústria e/ ou comércio, seja na Convenção de Paris, seja nos Códigos de Propriedade Industrial brasileiros. Num certo momento, o INPI eliminou o registro dos títulos de estabelecimento e das insígnias, pontificando que estas últimas se referiam à prestação de serviços, ainda em âmbito territorialmente limitado<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> “Se o nome comercial, subjetivo ou objetivo (pois este compreende mas não se exaure naquele), forma parte do aviamento subjetivo do empresário, ligando-se à sua pessoa, como o conceito e a confiança que ele desfruta e inspira no seu círculo de atuação (refletindo-se, embora, no próprio conceito do estabelecimento), já o título de estabelecimento e a insígnia constituem sinais de identificação diretamente ligados ao próprio estabelecimento, fazendo parte do aviamento objetivo da “azienda”. O primeiro faz parte do aviamento pessoal do empresário; o título e a insígnia, do aviamento “aziendal”.

Assim se achavam definidos o título e a insígnia no Código da Propriedade Industrial de 1945: “Constituem título de estabelecimento e insígnia, respectivamente, as denominações, os emblemas ou quaisquer outros sinais que sirvam para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita” (art. 114).

Evidente, portanto, que o título é formado pela *denominação* e a insígnia, por *emblemas* ou *outros sinais*, aplicando-se um e outra, indiferentemente, a distinguir estabelecimentos relativos a qualquer atividade lícita, desde que, devemos acrescentar, se tratem de *atividades empresariais*. Embora os dispositivos legais relativos ao título e à insígnia estejam revogados, por ter o vigente Código da Propriedade Industrial revogado todos

Posteriormente, tanto as Convenções internacionais quanto a lei interna vieram a prever as marcas de serviços, de âmbito nacional.

Então, na Lei nacional passamos a ter as marcas de produtos (leia-se de indústria e/ou comércio) e as marcas de serviços. Até aí tudo bem, a não ser que se passou a considerar que comércio é serviço!...

Assim, os estabelecimentos comerciais e de serviços passaram a registrar suas marcas na categoria serviços (classe 35 em diante). O resultado é que passamos a ter uma marca de produto (que compreende o comércio) e marcas de serviços (que também compreendem comércio).

Fácil de ver o resultado, como no acórdão em exame.

No meu Licença de uso de marca e outros sinais distintivos escrevi:

os Códigos anteriores (exceto, destaque-se, quanto à parte penal, processual penal e relativa aos efeitos civis da contrafação, que permanecem em vigor e incluem matéria sobre títulos e insígnias), tais conceitos permanecem válidos, não mais como direito positivo, mas como doutrina.

A definição aberta do art. 114 ensejou, no passado, abusos, como o registro indiscriminado de títulos de edifícios de apartamentos, considerados na época relativos a *atividades lícitas*, passíveis de registro. Atividades lícitas, entretanto, no caso, devem ser restritas às de caráter empresarial, já que a matéria dos sinais distintivos só pode ser compreendida como pertencente ao campo da concorrência, da qual decorre a tutela dos sinais no campo da propriedade industrial (a única exceção a essa regra é a proteção ampla ao nome comercial, que, como vimos, excede o âmbito concorrencial).

Nas atividades lícitas referidas pela lei se incluíam os serviços, exatamente pela mesma regra exposta, visto que a prestação de serviços se acha inserida no campo da concorrência. O registro de títulos e insígnias era, na vigência do Código de 1945, a única forma de se protegerem os sinais utilizados na prestação de serviços, pois as marcas de serviços não tinham ainda sido introduzidas na nossa legislação. Em um livreto explicativo da classificação de artigos, publicado em 1967, a Comissão de Classificação de Artigos e Produtos do DNPI confundiu a insígnia com marca de serviço, considerando que a insígnia distinguia a atividade e não o estabelecimento (Trata-se da publicação feita pelo MIC da Portaria DNPI n. 48, de 16 de novembro de 1966 – p. 119, II – que criou o registro de marcas de serviço na antiga classe 50).

Os incs. 5º e 6º do art. 120 do Código de 1945 dispunham não serem registráveis como título ou insígnia o que já constituísse marca ou nome comercial de terceiro, para o mesmo gênero de negócio ou atividade (restrição incorreta quanto ao nome comercial), ou que fosse imitação ou reprodução de título (omitiu-se aqui a referência à insígnia) registrado de terceiro, situado no mesmo município e destinado à exploração do mesmo gênero de negócio ou de atividade. Por esses dispositivos vê-se que a matéria recebe tratamento puramente concorrencial, levando-se em conta o âmbito territorial e a efetiva possibilidade de concorrência. Atualmente, a delimitação ao município é demasiado restrita, pois é comum que a clientela de determinada casa esteja distribuída para além dos limites de um município.

A matéria relativa aos títulos e insígnias não sofreu alterações substanciais com o advento dos Códigos de Propriedade Industrial subsequentes (1967 e 1969), tendo sido sumariamente omitida no vigente, de 1971, com a única explicação, no art. 119 deste, de que “continuarão a gozar de proteção através de legislação própria, não se lhes aplicando o disposto neste Código”. A legislação própria, como veremos no Capítulo 4, é a que regula a concorrência e que tipifica o crime de violação de título e insígnia, constante da parte final do Código de 1945 e que permanece em vigor. Assim, na verdade, apenas se suprimiram os registros de título e insígnia, mas não o direito a eles, da mesma forma que se protege o nome comercial objetivo, independentemente de registro.” (SILVEIRA, Newton. Licença de uso de marca e outros sinais distintivos. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 12/14).

*“Marca de comércio, propriamente dita, é aquela aposta pelo comerciante ou distribuidor em acréscimo à do fabricante, com ela coexistindo, lado a lado, na oferta do produto ao público (lembra-se que não é lícito ao comerciante suprimir a marca do fabricante sem sua expressa concordância). Quando o comerciante apõe sua marca ao produto sem que nele conste outra marca, a sua atuará como marca de fábrica, devendo ele responder perante o consumidor como se o fabricante fora (da mesma forma como o sócio comanditário passa a responder solidariamente se seu nome constar da firma, à semelhança do sócio-gerente da limitada que omite essa indicação). Exemplo comum desta hipótese são os supermercados com seus departamentos de marcas próprias, que assinalam produtos de terceiros como se próprios fossem. A marca de comércio indica que seu proprietário selecionou a mercadoria que revende ou distribui com a diligência que dele se espera. Quando se trata de um estabelecimento comercial reputado, a marca de comércio serve como recomendação do produto por ele comercializado, justificando muitas vezes para o consumidor que os preços sejam mais elevados.*

*Uma categoria relativamente moderna é a das marcas de serviço. Na medida em que a prestação de serviços se achava restrita a determinado local, pareceu ao legislador suficiente a existência do título de estabelecimento e da insígnia para assinalar essas atividades. A prestação de serviços, entretanto, organizou-se sob a forma de empresa e estendeu suas atividades em nível nacional e internacional, destacando-se de um local determinado, onde era fácil para o usuário encontrar o responsável pelos serviços de que se utilizasse. Da mesma maneira que o fabricante recebe as boas e más consequências da opinião do público sobre seus produtos, o proprietário da marca de serviço aparece para o público como se os serviços fossem por ele prestados, mesmo que delegue a terceiros sua execução.” (op. cit. p. 17/18)*

O que se verifica é que o INPI estabeleceu nefasta confusão entre marca de comércio e marca de serviço. **COMÉRCIO NÃO É SERVIÇO**.

Para bem colocar a distinção, vamos ao Código Comercial do Império, de 1850 (revogado parcialmente pelo Código Civil de 2002).

O art. 4º daquela lei dispunha:

*“Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha*

Conflito entre marca, nome empresarial, título de estabelecimento e nome de domínio

*matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (art. 9º)."*

No entanto, o Código de 1850 não definiu mercancia, conceito que pode ser retirado da 2ª alínea, do art. 191, daquela Lei:

*"É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso (...)."*

Note-se que a antiga Lei não definia indústria, mencionada no art. 19 do Regulamento 737 como empresas de fábrica.

A discriminação dos serviços aparece com clareza no art. 3º do CDC (Lei 8.078/90):

*"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

*§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."*

Destacada, assim, a trilogia do Direito Empresarial decorrente da definição do art. 966 e seu parágrafo único do vigente Código Civil.

*"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

*Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa."*

Tudo isso torna muito claro que a classe 12 brasileira (correspondente à classe 12 da Classificação de Nice) se refere aos produtos veículos, aparelhos de locomoção por terra, por ar e por água. Ou seja, indústria e/ou comércio do produto veículo.

Os serviços da classe 35 da Classificação de Nice (10ª Edição, versão 2015) compreendem publicidade, gestão de negócios comerciais, administração cambial e trabalhos de escritório (trabalhos de oficina). Ou seja, serviços auxiliares ao comércio, e não ao comércio em si, como se vê na seguinte nota explicativa:

*“Esta classe não inclui, notadamente:*

*- as atividades de uma empresa, cuja função primordial seja a venda de mercadorias, i.e., uma empresa dita comercial;”*

Mesmo do ponto de vista tributário, o comércio (distribuição) incide no ICM e a prestação de serviços no ISS.

Portanto, o INPI incluir uma loja de automóveis na classe 35 não passa de erro crasso da administração pública.

Se não, vejamos.

Em seu Tratado da Propriedade Industrial, Vol. II - Tomo II, n.3 in fine, escreveu João da Gama Cerqueira:

*“Merece reparo, ainda, a parte final do artigo [93], que considera as marcas como sinais distintivos de atividade industrial, comercial, agrícola ou civil, quando a sua função é distinguir produtos ou mercadorias, como declara o art. 89.”*

Referia-se o Mestre Gama Cerqueira ao Código da Propriedade Industrial de 1945, promulgado pelo Decreto-lei n.º 7.903.

Dessa Lei, é importante transcrever os arts. 89 e 90:

*“Art. 89. As marcas registradas, de acordo com este Código, terão garantido o seu uso exclusivo para distinguir produtos ou mercadorias, de outros idênticos ou semelhantes, de procedência diversa.*

*Parágrafo único. Considera-se marca de indústria aquela que for usada pelo fabricante, industrial, agricultor ou artífice, para assinalar os seus produtos e marca de comércio, aquela que usa o comerciante para assinalar as mercadorias do seu negócio, fabricadas ou produzidas por outrem.*

*Art. 90. Podem registrar marcas:*

*1.º) Os industriais ou comerciantes, para distinguir as mercadorias ou produtos do seu fabrico ou negócio.*

2.º) *Os agricultores ou criadores para assinalar os produtos de agricultura, de pecuária, e, em geral, de qualquer exploração agrícola, zootécnica, florestal ou extrativa;*

3.º) *As cooperativas ou organismos de cooperação econômica, para assinalar os respectivos produtos ou mercadorias;*

4º) *As empresas ou organizações profissionais para distinguir os produtos ou artigos resultantes de suas atividades;*

5.º) *A União, os Estados e Municípios, as entidades autárquicas, e de natureza coletiva, devidamente constituídas;*

6º) *As entidades de caráter civil ou comercial, para uso próprio ou de seus associados."*

Já no Vol. I de seu famoso Tratado, Gama Cerqueira destacava ter o fabricante e o comerciante *"o máximo interesse em individualizar e distinguir os artigos que produz ou vende"* (n. 119). Informava o autor que a finalidade das marcas, em seu antigo conceito, *"era indicar ao consumidor o estabelecimento em que o artigo era fabricado ou a casa comercial que o expunha à venda"* (n. 120).

E transcreve a lição de Braun *"... de même que le fabricant, em marquant ses produits, se porte em quelque sorte garant des conditions spéciales de fabrication, de même le commerçant, en apposant sa marque sur les objets de son négoce, offre au consommateur la garantie du choix qu'il en a fait et des soins qu' il y a apportés"* (op. cit., nº 64, pág. 221)".

Não se discute, portanto, que a marca é aposta no artigo (produto da indústria ou mercadoria do estabelecimento comercial).

A questão é saber-se como proteger o nome de estabelecimento que comercializa os artigos (produtos ou mercadorias).

A respeito, o Código de 1945 regulava os títulos de estabelecimento e as insígnias:

*Art. 114. Constituem título de estabelecimento e insígnia, respectivamente, as denominações, os emblemas ou quaisquer outros sinais que sirvam para distinguir o estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, ou relativo a qualquer atividade lícita.*

*Art. 115. O registro do título ou da insígnia somente prevalecerá para o município em que estiver situado o estabelecimento, considerando-se, para esse efeito, como município o Distrito Federal.*

Mas, leis posteriores revogaram os dispositivos que regulavam o registro dos títulos e das insígnias, remetendo sua tutela para legislação especial, que nunca veio.

Assim, canhestramente o INPI, através de atos administrativos, e não da Lei, veio a incluí-los entre as marcas de serviços, o que não são.

Acerca da classe 35, é de se notar as normas do Departamento de Patentes do Reino Unido:

*“There is no corresponding entry in the alphabetical list of services in Class 35 indicating that the wording in the explanatory note is general indication rather than a specific description of a service. The registrar will not object to this description of services in Class 35 provided that the nature of the retail service and (where this is not clear from the nature of the retail service) the market sector are also indicated. In the absence of such indications, objection will be taken under Sections 3 (6) of the UK Trade Marks Act 1994, on the grounds that without an indication of the means of bringing together goods and displaying them, the description in the explanatory note is too wide to be a proper description of any one retailer’s services.*

*In the case of department stores, supermarkets, hypermarkets, convenience stores etc, the following specifications will be allowed in Class 35:*

*The bringing together, for the benefit of others, of a variety of goods, enabling customers to conveniently view and purchase those goods in a department store.*

*Or*

*The bringing together, for the benefit of others, of a variety of goods, enabling customers to conveniently view and purchase those goods in a supermarket.”*

Não se esqueça que as lojas de automóveis usualmente utilizam suas marcas de comércio (título de estabelecimento) nos vidros traseiros dos veículos que comercializam, ou seja, nos próprios produtos ou artigos.

Então, vamos à Economia.

O Prof. J. Pinto Antunes, Catedrático de Direito Econômico na Faculdade de Direito da USP (já falecido), em sua obra A PRODUÇÃO SOB O REGIME DE EMPRESA (Ed. Bushatsky, 1973), nas páginas iniciais (27/29), escreveu:

*“PRODUÇÃO. Vamos analisar a compreensão e extensão do conceito. Produzir é criar coisas ofélimas. Ofelimidade é a utilidade no sentido econômico, conceito de compreensão mais restrita, de extensão mais vasta, que o de utilidade no sentido vulgar. Produzir é, pois, a criação de utilidades econômicas. Tudo quanto satisfaça aos desejos humanos é útil, economicamente falando, ou ofélimo. Os desejos humanos são satisfeitos por bens ou riquezas, isto é, por coisas ofélimas. E, assim, produzir é criar, aumentar ofelimidades, sinônimo de riqueza, bens ou utilidades, no sentido peculiar à Economia. A criação, aí, consiste, somente, no aumento da soma dos meios úteis ou capazes de satisfação dos variados e prolíficos desejos humanos.*

...

*Todavia, comerciar é produzir. O comerciante, pela sua atividade, aumenta as utilidades econômicas; cria ou aumenta a desejabilidade ou ofelimidade das coisas existentes. O comerciante compra por atacado e vende a varejo aos consumidores, que não possuem capacidade econômica de compra em grande quantidade; é, assim, criador de utilidades, porque a sua operação, o seu ato, é útil ao produtor anterior que pode liquidar, dessa forma, toda a sua produção mais rapidamente, entregando-se, de novo, à sua peculiar ou específica atividade no processo produtivo; é útil, por igual, ao consumidor último, que não tem capacidade econômica para adquirir toda a produção ou mesmo, podendo adquirir, não precisa de tantos bens ou produtos para a satisfação dos seus desejos quantitativamente limitados, pois todos os desejos são limitados em capacidade, dado o caráter de saciabilidade que os acompanha. Produz, assim, a utilidade-quantidade.*

*Sem o comerciante, de que nos valeria, como consumidores individuais, a oferta, por inteiro, de uma vagão de verduras?*

*O comerciante, fazendo o papel de distribuidor desta produção, multiplica a possibilidade da satisfação de muitos consumidores que, de outra maneira, teriam os seus desejos insatisfeitos. É, por isso, criador de ofelimidades, ou por outras palavras – é produtor de riquezas, de bens, em forma de serviços.*

...

*É sem dúvida, produtiva a atividade comercial.*

*Aquele que se dedica ao transporte é, também, produtor.”*

Vê-se que a Economia acaba confundindo **produção, comércio e serviços**, não sendo útil para nossas indagações, valendo mencionar Louis Baudin:

*“...et l'économiste qui est seulement économiste est un médiocre économiste” (L'Aube d' un Nouveau Libéralisme, 1953).*

Temos, assim, de retornar à interpretação jurídica.

A classificação de Nice, na nota explicativa da Classe 35, inclui “o agrupamento para terceiros de produtos diversos... permitindo ao consumidor vê-los ou compra-los comodamente”.

Vejo aí três personagens: o vendedor, o consumidor e aquele que agrupa para terceiros produtos diversos, ou seja, o prestador de serviços que organiza a gôndula do supermercado ou arruma esteticamente as vitrines.

No final das contas, arrumar gôndolas ou vitrines não passa de uma espécie de *design*, e não vamos visualizar no adorno de um produto a prestação de serviços do fabricante ao consumidor.



---

*O “CASO MENSALÃO/AP 470 STF”  
- A EVENTUAL CONDENAÇÃO DO  
ESTADO BRASILEIRO PERANTE A CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
E A MITIGAÇÃO DO DIREITO AO RECURSO  
A LUZ DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO  
INTERNACIONAL*

---

*Paulo Augusto de Oliveira<sup>1</sup>*

## **INTRODUÇÃO**

A repercussão do julgamento do “caso mensalão” tomou grandes e inimagináveis proporções em todo o território brasileiro, a Ação Penal 470/STF foi alvo de duras críticas durante todo o seu processamento.

Os questionamentos jurídicos, todavia, continuaram mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, o que se deu em virtude das petições/denúncias protocoladas junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sob a alegação de desrespeito ao direito de recurso, no Brasil – duplo grau de jurisdição (princípio previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos) tanto aos réus que detinham prerrogativa de foro, quanto os demais julgados em razão de conexão.

<sup>1</sup> Professor e Advogado em Direito Público. Mestre e Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutorando em Direito Público Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.

Destarte, passou-se a se falar sobre uma possível responsabilização do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que, dentre outras condenações, poderia acarretar na anulação do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se leva em consideração outro caso já julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*Barreto Leiva Vs Venezuela*”.

Diante dessa real possibilidade, grande parte da população brasileira sentiu-se descrente em relação a efetiva punição dos envolvidos no caso mensalão e uma forte sensação de impunidade erigiu-se em boa parcela da sociedade, consequências psicológicas da corrupção e acauteladas pelo princípio anticorrupção.

Ante o exposto, o escopo desse estudo é o estudo de uma mitigação, em um eventual julgamento do caso pela CIDH, do direito ao recurso face ao princípio anticorrupção, bem assim em razão de determinadas peculiaridades envolvendo o próprio duplo grau de jurisdição. E com isso, a não anulação do julgamento da AP 470 pelo STF.

## **1. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

### **1.1 A humanização do direito internacional**

O movimento de humanização o direito internacional e internacionalização dos direitos humanos constitui, por assim dizer, um movimento recente na história da humanidade, impulsionado, notadamente, a partir do pós segunda guerra mundial.<sup>2</sup> O que se deu, mormente em resposta às atrocidades e aos horrores cometidos a época. A partir de então, a reconstrução sólida e efetiva dos direitos humanos é tida como “paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”.<sup>3 4</sup>

<sup>2</sup> “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos na era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”. Thomas Buergenthal (1988: 17).

<sup>3</sup> Nesses termos: FLAVIA PIOVESAN (2014:43).

<sup>4</sup> “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente estatais, notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos” Louis Henkin (1990:02)

A pessoa humana passa a ser o cerne de preocupação do direito internacional<sup>5 6 7</sup>, fazendo surgir diversos sistemas com o principal objetivo de proteger os direitos do homem. Com isso, a proteção dos direitos humanos não fica adstrita ao domínio interno dos Estados, visto ser de “*legítimo interesse internacional*”.<sup>8 9</sup>

Diante dessa nova concepção, é aprovada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados por toda a sociedade internacional. Conforme aponta Flavia Piovesan<sup>10</sup>.

*“a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais.”*

A partir de então, percebe-se um forte e gradual desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notoriamente a par de inúmeros documentos internacionais de proteção.

Nessa esteira, o processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um, cada vez maior e mais eficiente, sistema internacional de proteção destes direitos<sup>11</sup>. Um sistema que é integrado por

<sup>5</sup> Nas palavras de Ana Maria Guerra Martins (2013:97) “movimento de internacionalização do indivíduo”. Na mesma linha de pensamento, Valério Mazzuoli (2012:821) “basta condição de ser pessoa humana para que todos possam vindicar seus direitos violados, tanto no plano interno como no contexto internacional”.

<sup>6</sup> “Não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”. (Trindade; Ventura Robles 2003:206).

<sup>7</sup> Tem-se, no entendimento de Jónatas E. M. Machado (2006:359) “a afirmação do indivíduo como unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional”

<sup>8</sup> Flavia Piovesan (2012:141). A autora continua: “Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”.

<sup>9</sup> “O aumento significativo das ambições da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas”. Andrew Hurrell(1999:277).

<sup>10</sup> Nesse sentido: Flavia Piovesan (2014:47).

<sup>11</sup> “A ordem internacional reclama como valor transnacional fundamental a universalidade dos direitos do ser

tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, bem assim, por organismos internacionais (políticos e jurídicos<sup>12</sup>) que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos.<sup>13</sup>

Ademais disso, concomitantemente, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam dar maior efetivação a proteção dos direitos humanos.<sup>14</sup>

Nesse supedâneo, todos os sistemas, seja a nível global ou regional, devem ser complementares, de modo a interagirem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos aparelhos jurídicos é, pois, no sentido de ampliar, fortalecer e dar efetividade a proteção dos direitos humanos.

Tem-se, então, que esses sistemas devem interagir com os dispositivos nacionais de proteção da pessoa humana, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção desses direitos.

Destaca-se, por fim, que a interpretação normativa e a efetivação dos direitos humanos, seja a nível global, regional ou estatal, deve ser pautada levando em consideração o movimento de humanização do direito internacional e na “*tendencial elevação da dignidade da pessoa humana a pressuposto inelimitável de todos os constitucionalismos*”.<sup>15</sup>

## **1.2 O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos<sup>16</sup>**

No que toca o continente americano, destaca-se a Convenção Americana

---

humanos, afirmando a existência de deveres correspectivos de proteção por parte dos Estados e da comunidade internacional globalmente considerada” Allen Buchanane David Golove (1999:888)

<sup>12</sup> Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional a nível global, por exemplo.

<sup>13</sup> Nesse sentido: FLAVIA PIOVESAN (2014:200).

<sup>14</sup> Sistema europeu de proteção dos direitos humanos, Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, Sistema africano de proteção dos direitos humanos; Sistema árabe de proteção dos direitos humanos e Sistema asiático de proteção dos direitos humanos.

<sup>15</sup> J. J. Gomes Canotilho (2003:1217).

<sup>16</sup> “A análise do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos demanda seja considerado o seu contexto histórico, bem como as peculiaridades regionais. Trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”. Flavia Piovensan (2014:133).

de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, que entrou em vigor em 1978.<sup>17</sup>

Com o advento do Pacto de San Jose da Costa Rica, cabe aos Estados partes a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício destes direitos e liberdades, o que inclui a adoção não só de medidas legislativas (o que vai incluir o dever de harmonizar sua ordem jurídica interna à luz do parâmetros internacionais de proteção aos direitos humanos) mas, também, de quaisquer outras naturezas (definição e execução de políticas públicas, supervisão, fiscalização, etc.) que se revelem necessárias à efetividade do ali disposto, a par, naturalmente, da tendência de humanização do direito internacional.<sup>18 19</sup>

Dentro da estrutura interamericana, destaca-se a Comissão Interamericana, órgão responsável pela promoção da observância e a proteção dos direitos humanos, o que se dá, de modo mais pormenorizado, com a apreciação das petições que denunciem a violação aos direitos enumerados, sobretudo, na Convenção de 1969.<sup>20 21</sup>

Além disso, tem-se a Corte Interamericana, que apresenta competência consultiva e contenciosa<sup>22</sup>. Em sua competência consultiva, a Corte Interamericana desenvolve, sobretudo, a aplicabilidade dos dispositivos da Convenção Americana.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> A convenção Americana entrou em vigor em julho de 1978, quando o 11o instrumento de ratificação foi depositado. O Estado brasileiro somente aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992. Somente Estados membros da Organização dos Estados Americanos podem aderir à Convenção Americana, que conta hoje com 25 Estados partes.

<sup>18</sup> “Os Estados têm, consequentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm a obrigação de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar as medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício desses direitos”. Thomas Buergenthal (1988:145).

<sup>19</sup> O sistema interamericano inova o regime de proteção de direitos, na medida em que enuncia direitos passíveis de serem invocados perante as instâncias nacionais de proteção. Revelando-se, assim, de fundamental importância a interação entre os direitos nacionalmente positivados e os direitos consagrados internacionalmente, no intuito de se assegurar a mais efetiva proteção aos direitos humanos.

<sup>20</sup> “Enfatize-se que o Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária, que pressupõe o esgotamento dos recursos internos para o seu acionamento. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Flavia Piovesan (2014:145)

<sup>21</sup> Em caso das petições preencherem os critérios de admissibilidade, uma vez que se constate uma violação de direitos humanos e não se chegue a uma solução amistosa (utilização de recomendações – soft law) com o Estado violador da norma, abri-se um processo de investigação mais pormenorizada da transgressão do direito. Em sequência, ocorre o envio do caso para apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>22</sup> Convém esclarecer ser necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte, já que tal jurisdição é apresentada sob a forma de cláusula facultativa. O Estado Brasileiro finalmente reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998.

<sup>23</sup> Como afirma Monica Pinto (1993:35) “(...) a Corte tem emitido opiniões consultivas que têm permitido a compreensão de aspectos substanciais da Convenção, dentre eles: o alcance de sua competência consultiva, o

No âmbito contencioso<sup>24</sup>, examina casos que envolvam a denúncia, endossada pela Comissão Interamericana, de que um Estado parte violou direito protegido pela Convenção. Nesse desiderato, admitido o caso e uma vez reconhecida a violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado e, ainda, condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima e a tomar as medidas pertinentes para que não mais ocorra a violação julgada.

## **2. A HERMENÊUTICA DA RECEPÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO A LUZ DO PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL**

Seguindo a tendência global de humanização do direito internacional e internacionalização dos direitos humanos o Estado brasileiro passou, a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos, fortalecendo, assim, não só o sistema global de proteção dos direitos humanos mas, via de consequência, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos<sup>25</sup>.

Tem-se, assim, que o processo de redemocratização permitiu a

---

sistema de reservas, as restrições à adoção da pena de morte, os limites ao direito de associação, o sentido do termo “leis” quando se trata de impor restrições ao exercício de determinados direitos, a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, o habeas corpus e as garantias judiciais nos estados de exceção, a interpretação da Declaração Americana, as exceções ao esgotamento prévio dos recursos internos e a compatibilidade de leis internas em face da Convenção”.

<sup>24</sup> A respeito da competência contenciosa da Corte, afirma Antônio Augusto Cançado Trindade (1991:185): “Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes — as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos — não “substituem” os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos”.

<sup>25</sup> O Estado brasileiro ratificou importantes tratados de direitos humanos: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Convenção sobre os Direitos da Criança; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Americana de Direitos Humanos; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte; Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência; Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional; Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados; Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis; Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura; Convenção Interamericana contra a Corrupção; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo, dentre outros.

ratificação de relevantes tratados de direitos humanos e estes, por sua vez, uma vez ratificados, permitiram o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por eles assegurados.<sup>26</sup>

Nesse supedâneo, tem-se, hodiernamente, em uma hermenêutica inserida no contexto da humanização do direito internacional e internacionalização dos direitos humanos, um tratamento jurídico diferenciado as normas de direitos humanos, valores que enalteçam a imperatividade e a prevalência dos direitos humanos, notadamente as normas de jus cogens<sup>27 28</sup>.

Trata-se de normas que vão emprestar legitimidade e validade a todas as outras normas de Direito Internacional, funcionando como um verdadeiro controle da legalidade supranacional<sup>29</sup>.

Destarte, a semântica internacional passa a ser pautada em valores e interesses coletivos essenciais à comunidade internacional,<sup>30</sup> exigindo regras qualificadas em virtude do seu grau de obrigatoriedade, o qual pressupõe um nível hierárquico superior das mesmas diante das restantes normas.

Nesse diapasão, para uma proteção mais efetiva dos direitos humanos, a aplicação de um princípio cogente no direito internacional deve afastar ou, ao menos, relativizar as demais normas, não imperativas.

### **3. A AÇÃO PENAL 470 “O CASO MENSALÃO” E AS PETIÇÕES/DENÚNCIAS PROTOCOLADAS JUNTO A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Após o trânsito em julgado da Ação Penal 470 STF, alguns dos condenados ofertaram duas denúncias perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>26</sup> Um processo que pode ser intitulado como de internacionalização do Direito Constitucional que se alia ao processo de constitucionalização do Direito Internacional, que vai refletir, nas palavras de Jose Joaquim Gomes CANOTILHO (2003:121), no “Constitucionalismo global”.

<sup>27</sup> Na doutrina de Konrad HESSE (1991:13) “uma ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade, que tem como uma de sua incumbências criar os fundamentos e normatizar os princípios da ordem jurídica global”.

<sup>28</sup> Na doutrina de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2011:277) “um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do ius cogens no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional”.

<sup>29</sup> Nesse sentido: Eduardo Baptista (1997:158)

<sup>30</sup> “Tais preceitos podem derivar da carga valorativa ou da força social das razões que dão fundamento à pretensão apresentada no âmbito internacional. Alexandre Almeida Rocha(2001:189).

Ambas sustentam que o caso representou uma indubitável violação ao direito à proteção judicial dos réus, porquanto as condenações criminosas dos acusados ocorreram numa única instância, em razão da continência e conexão<sup>31</sup>, não comportando impugnação por qualquer via recursal, visto que a ação teve o seu processamento e julgamento perante o plenário da Corte Superior do Brasil<sup>32</sup>.

Contestou-se, com muita veemência, que os únicos recursos cabíveis nos autos da ação penal 470 foram os embargos de declaração e os embargos infringentes<sup>33</sup> e que, no caso em comento, a Suprema Corte delimitou ao máximo o objetivo e a extensão de tais recursos<sup>34</sup>.

Para os denunciantes, a garantia do duplo grau de jurisdição, para ser observada em sua plenitude, precisa atender a três elementos: a) a possibilidade de recurso à instância superior, composta por julgadores distintos daqueles que participaram da decisão inicial; b) possibilidade de revisão integral da sentença; c) interposição de recursos antes da formação da coisa julgada, e d) observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa<sup>35 36</sup>.

Sustentam, por fim, ser incontestável que o Estado brasileiro desrespeitou o direito ao recurso, previsto no art. 8º, h, do Pacto São José da Costa Rica<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Defendem que dos quarenta denunciados na ação penal 470, apenas três possuíam prerrogativa de função e que por isso, somente estes deveriam se submeter à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. O que não ocorreu, visto que todos os réus foram julgados pelo pleno do STF em primeira e única instância.

<sup>32</sup> A argumentação é no sentido de que o julgamento conjunto em casos de conexão e continência comporta exceção no ordenamento jurídico brasileiro, seja porque os crimes ocorreram em lugar diferente, seja por terem ocorrido em momentos distintos, conforme determina o art. 80 do Código de Processo Penal Brasileiro.

<sup>33</sup> Defendem que apesar da possibilidade de interposição de embargos infringentes e embargos de declaração, estes recursos possuem cabimento bastante restrito, o que, portanto, não caracterizaria o direito ao duplo grau de jurisdição. Afinal, o efeito devolutivo desses recursos é bastante limitado quando comparado com a apelação, recurso que ratificaria a existência do duplo grau de jurisdição.

<sup>34</sup> Os peticionantes defendem que, apesar de todas as dificuldades, seria possível a interposição de uma revisão criminal no “caso mensalão”. Afinal, ainda que esta medida não se trate de um recurso propriamente dito, essa ação permitiria reapreciação da causa. Todavia, o órgão competente, no caso dos autos, para processar e julgar a ação revisional criminal seria o mesmo plenário da Suprema Corte, ou seja, o mesmo órgão que conheceu do processo originariamente. Assim, em razão disso, ocorreria nova violação ao duplo grau de jurisdição, pois a reapreciação se daria pelo mesmo órgão jurisdicional.

<sup>35</sup> Ressaltou-se, ainda, que a composição do órgão competente originário para julgar a ação tenha se modificado, tal fato não possibilita o exercício do duplo grau, visto que, a composição distinta do órgão jurisdicional em momentos distintos não permite o exercício da garantia do duplo grau de jurisdição.

<sup>36</sup> Alegam, também, que apesar da possibilidade de interposição de embargos infringentes e embargos de declaração, estes recursos possuem cabimento bastante restrito, o que, portanto, não caracterizaria o direito ao duplo grau de jurisdição. Afinal, o efeito devolutivo desses recursos é bastante limitado quando comparado com a apelação, recurso que ratificaria a existência do duplo grau de jurisdição.

<sup>37</sup> Os denunciantes entendem que o Brasil no momento em que se tornou signatário do Pacto São José da Costa Rica poderia ter feito reserva ao art. 8º, ‘h’ que versa acerca do duplo grau de jurisdição e não o fez, tornando-se, portanto, submisso a previsão ali estatuída

#### 4. O DIREITO AO RECURSO “O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO”

O duplo grau de jurisdição, via de regra, consiste na possibilidade de uma decisão ser reapreciada por um órgão de jurisdição distinto, normalmente de hierarquia superior, àquele que proferiu a decisão originária e, via de regra, conduz a uma nova cognição e a uma nova pronúncia.<sup>38</sup>

A respeito do tema, a doutrina conceitua o princípio do duplo grau de jurisdição levando-se em consideração, sobretudo, a revisão total da matéria por juiz ou órgão jurisdicional da natureza hierarquicamente superior.<sup>39</sup>

Para parcela da doutrina não é necessário, todavia, que o segundo julgamento seja conferido a órgão de hierarquia superior àquele que realizou o primeiro exame<sup>40</sup>. Assim, o “segundo” exame poderia ser feito, até mesmo, por juiz da mesma hierarquia<sup>41</sup>.

Outrossim, o magistério dos processualistas penais brasileiros defende

<sup>38</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, independente da natureza jurídica dada ao duplo grau de jurisdição, constitucional ou infraconstitucional, este princípio faz parte do ordenamento jurídico brasileiro em decorrência do Pacto de San José da Costa Rica, conforme previsão do artigo 8º, alínea h. (direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior). Levando-se por base, sobretudo, o caráter supra legal da Convenção Americana de Direitos Humanos e o julgamento do RE 466343/SP pelo STF, o princípio deve ser efetivado, podendo, inclusive, suspender a eficácia de normas contrárias à sua realização.

<sup>39</sup> Nos termos de (Cintra; Grinover; Dinamarco /2014:74) “O princípio do duplo grau de jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), garantindo um novo julgamento por parte de um órgão de segundo grau (ou de segunda instância). Assim as causas decididas por um órgão do Poder Judiciário poderão ser revistas por outro órgão desse Poder, a fim de dar mais certeza ao direito pleiteado”. José Joaquim Gomes Canotilho (2003:64), por sua vez, “entende por duplo grau de jurisdição, em seu sentido mais estrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior”.

<sup>40</sup> “trata-se da possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior, vindo dessa circunstância a utilização do termo grau, na denominação do princípio, a indicar os níveis hierárquicos de organização judiciária”. Djanira Maria Radamés de Sá (1999:88). No mesmo sentido o “duplo exame”, no entendimento de Francesco Carnelutti (2000:85), seria “a função de submeter a lide ou negócio a um segundo exame que ofereça maiores garantias do que o primeiro, já que se serve da experiência deste e o realiza um ofício superior (...) o essencial é que se trata de um exame reiterado, isto é, de uma revisão de tudo quanto se fez na primeira vez, e essa reiteração permite evitar erros e suprir lacunas em que eventualmente se incorreu no exame anterior. Dessa função provém que o objeto do segundo procedimento tem que ser a mesma lide ou aquele mesmo negócio que foi objeto do primeiro, pois do contrário não se trataria de novo exame; a isso se costuma chamar o princípio do duplo grau

<sup>41</sup> Seguindo a mesma linha de pensamento, está a lição de Luigi Paolo Comoglio (1999:328), para o autor “o duplo grau de jurisdição exige uma dupla cognição de mérito, feita por órgãos judiciais diferentes, na mesma controvérsia”.

que o princípio do duplo grau de jurisdição decorre do “*due process of law*”.<sup>42 43 44</sup>

No entanto, entre tais doutrinadores, existe uma discussão muito voraz acerca do alcance do direito ao duplo grau de jurisdição quando o julgamento originário ocorrer em instâncias superiores. O direito ao recurso se efetiva quando há a possibilidade do julgamento ser revisado, até mesmo, pelo Supremo Tribunal Federal? Ou, então, quando o julgamento for realizado diretamente pela instância máxima?

O embate em questão tende a uma relativização do direito ao duplo grau de jurisdição quando, por previsão constitucional, se está a fazer um julgamento originário por um Tribunal Superior.<sup>45 46</sup>

O principal fundamento de defesa dessa tese, como visto, é a revisão do julgado por outros juízes, mesmo que de mesmo grau hierárquico. O que se dá quando o julgamento é realizado originariamente por um órgão jurisdicional colegiado,<sup>47</sup> em virtude, por exemplo, da prerrogativa funcional de determinadas pessoas.

---

<sup>42</sup> Consoante advertem Rogério Schietti Machado Cruz (2012:48); Vicente Greco Filho (2009:110), Guilherme de Souza Nucci (2010:364), Rogério Lauria Tucci (2004:7)

<sup>43</sup> Cabe observar que alguns autores situam o direito de recorrer na perspectiva da Convenção Americana de Direitos Humanos Geraldo Prado (2001:105) e André Nicolitt (2010:42)

<sup>44</sup> Ressaltam, sua importância, sobretudo, em razão do ramo de direito a que se pretende tutelar, exigindo para a sua efetivação o respeito a determinadas prerrogativas, dentre elas: (i) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (ii) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (iii) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (iv) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (v) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (vi) direito à igualdade entre as partes; (vii) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (viii) direito ao benefício da gratuidade; (ix) direito à observância do princípio do juiz natural; (x) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (xi) direito à prova; e (xii) direito ao recurso.

<sup>45</sup> Opinião a que esse autor se vincula, como se verá mais adiante.

<sup>46</sup> Na visão de Eugênio Pacceli (2015:937) “em uma ação penal de competência originária dos Tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade da decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída, no respectivo Regimento Interno, ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição”.

<sup>47</sup> Essa linha de pensamento fica clara em Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhaes Gomes Filho, Antonio Scarance Fenrandes (2001:21) “De uma lado a imposicao do principio da justice leva a pensar qua quanto mais se examinar uma decisao mais possivel sera a perfeita distribuicao da justice. Do outro lado, a observancia do principio da certeza juridical impoe a brevidade do processo, a exigir que a decisao seja proferda uma vez por todas, sem procrastinacoes inuteis, no menor tempo possivel.”. Seguindo a mesma linha de pensamento, Nestor Tavora. (2012:826) “Há porecesso pensais onde esse duplo grau de jurisdicao inexist, tais como aquele de competencia originaria do Supremo Tribunal Federal”.

#### 4.1 O direito ao recurso na Corte Interamericana de Derechos Humanos - O leadingcase “Barreto Leiva Vs Venezuela”

O direito ao recurso, o duplo grau de jurisdição, já foi tema debatido na Corte Interamericana de Derechos Humanos no julgamento do *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*, em 17 de novembro de 2009.

No caso em epígrafe, o senhor Oscar Enrique Barreto Leiva, ex-diretor geral setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da Venezuela, respondeu a uma ação judicial juntamente com o ex-presidente Carlos Andrés Pérez e outras autoridades detentoras do foro privilegiado. O senhor Leiva, contudo, não era detentor da prerrogativa do foro, porém, em razão do instituto da conexão, foi julgado pela instância máxima do Judiciário venezuelano, tendo sido condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público.

Após condenado, Barreto Leiva recorreu à Comissão Interamericana de Derechos Humanos que admitiu a queixa e submeteu a causa à jurisdição da Corte Interamericana, que, ao final, entendeu que a Venezuela violou o direito ao duplo grau de jurisdição, ao não oportunizar ao Sr. Barreto Leiva o direito de apelar para um tribunal superior, eis que a condenação sofrida por este último proveio de um tribunal que conheceu e julgou o caso em única instância.

Ou seja, exarou-se o entendimento de que o sentenciado não dispôs, dada a conexão, da possibilidade de impugnar a sentença condenatória, o que estaria a violar o direito ao recurso previsto no Pacto de San Jose da Costa Rica.

Ao final, a Corte Interamericana de Derechos Humanos assentou a necessidade de ser assegurado o direito a um novo julgamento, inclusive a quem tenha foro especial por prerrogativa de função, e determinou que a Venezuela adequasse o seu direito interno ao Pacto que, voluntariamente, está submetida.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> In litteris. “ 91. En razón de lo expuesto, el Tribunal declara que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnar el fallo. Cabe observar, por otra parte, que el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexión que acumuló el enjuiciamiento de varias personas en manos de un mismo tribunal. En este caso la aplicación de la regla de conexión, admisible en sí misma, trajo consigo la inadmisibles consecuencia de privar al sentenciado del recurso al que alude el artículo 8.2.h de la Convención.”

É de se salientar por fim, que as acusações que mais pesaram contra o Estado venezuelano foram decorrentes do desrespeito a outras garantias processuais abarcadas pelo “due process of law”, como por exemplo, prazos exíguos para apresentação de defesas, falta de informações (principalmente das acusações), impossibilidade de defesa técnica em todos os momentos processuais, etc.

## **5. A POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL PELA CIDH E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

No capítulo derradeiro tem-se a intenção de, diante da possibilidade real de responsabilização do Estado brasileiro, sobretudo quando se leva em consideração o *leading case Barreto Leiva x Venezuela*, defender uma possível mitigação do direito ao recurso no tocante a uma eventual anulação do julgamento da AP 470 pelo STF.<sup>49</sup>

Não se está aqui a discutir ou a defender a não responsabilização do Estado brasileiro pela não efetivação plena do princípio ao duplo grau de jurisdição<sup>50</sup>.

Entende-se, todavia, que essa sanção, anulação do julgamento da AP 470 pelo STF e o reencaminhamentos dos autos a um juízo da primeira instância federal, poderia acarretar, em boa parcela da sociedade brasileira, no agravamento da sensação de impunidade em relação a efetiva punição dos envolvidos no caso mensalão. E, com isso, colocar em xeque, ou ao menos em desconfiança, o processo de redemocratização ocorrido no Brasil a partir de 1985.

Naturalmente, também não se tem o interesse em não resguardar o direito ao recurso dos réus do mensalão, mas, sim, de comprovar que a

---

<sup>49</sup> Nas palavras de ANDRÉ RAMOS TAVARES (2012:165) “a ampliação acelerada do número de direitos protegidos fez nascer, por outro lado, a necessidade a sistematização dos mesmos em uma concepção lógica capaz de dar coerência ao conjunto de direitos humanos protegidos, em especial, nos casos de colisão aparente e concorrência entre eles”.

<sup>50</sup> A CIDH pode, dentre outras possibilidades, condenar o Brasil a alterar a sua legislação para que esse direito seja concretizado. Inclusive, o STF modificou recentemente seu Regimento Interno. Pela nova redação, só serão julgados pelo pleno do STF o presidente da Câmara dos Deputados e o presidente do Senado Federal. Os demais congressistas serão julgados originalmente por uma das Câmaras do Supremo Tribunal Federal e eventual recurso será apreciado pela composição plenária. Todavia, o problema, em parte, continua, quando o julgamento se der com as pessoas que foram mantidas nessa previsão, nesses casos, o Plenário continuará fazendo o julgamento em primeira e única instância.

essência desse princípio foi devidamente respeitada, notadamente quando se analisa o respeito ao “*due process of law*”.

Nesse desiderato, busca-se, por intermédio de três vertentes, exemplificar uma mitigação, em um eventual julgamento do caso pela CIDH, do direito ao recurso face ao princípio anticorrupção, bem assim em razão de determinadas peculiaridades envolvendo o próprio duplo grau de jurisdição. E com isso, a não anulação do julgamento da AP 470 pelo STF.

## **5.1 O princípio anticorrupção Vs princípio do duplo grau de jurisdição**

Uma eventual ponderação de direitos quando do julgamento pelos juízes da CIDH do caso mensalão, envolve, sobretudo, o princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*<sup>51</sup>.

Não somente em relação as consequência negativas que a corrupção proporciona, mas, também, na sensação de impunidade, angústia e descrença nas instituições políticas causadas na população, efeitos psicológicos acautelados pelo princípio anticorrupção.

### **5.1.1 Nótulas acerca do principio anticorrupção e seu relacionamento com os direitos humanos**

A corrupção, ainda que de maneira sucinta, pode ser entendida como abuso de poder para obtenção de ganhos privados ilegítimos, e pode ocorrer tanto no setor público quanto no privado. É um fenômeno que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos e que possui manifestações diversas de natureza privada, pública e social.

Conforme apontou Navi Pillay, Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos<sup>52</sup>.

*“A corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os*

---

<sup>51</sup> Na doutrina de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2011:277) “um dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *ius cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional”.

<sup>52</sup> Discurso proferido na 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, realizado em Genebra – Suíça, em 2013.

*direitos humanos - civis, políticos, económicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção viola os princípios fundamentais de direitos humanos da transparência, responsabilização, não discriminação e participação significativa em todos os aspectos da vida da comunidade. Correspondentemente, estes princípios, quando garantidos e implementados, são o meio mais eficaz para combater a corrupção” (...) “Um combate à corrupção baseado nos direitos humanos responde às clamorosas exigências das pessoas de uma ordem social, política e económica que cumpra as promessas de uma vida livre do medo e da necessidade”.*

Destarte, é perfeitamente nítida a aferição da interdependência entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, sendo este um direito universal e inalienável, integrante dos direitos humanos fundamentais.

Nesse diapasão, o combate à corrupção, além de integrar a transição de regimes autoritários para democráticos, faz parte do processo de consolidação das democracias globais.<sup>53</sup> Conforme leciona Flávia Piovesan (2011:44), que *“ não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático”*

Nos regimes democráticos, os reflexos indiretos da corrupção pública sobre os direitos humanos são bastante evidentes nos casos de desvios de recursos públicos, recaem principalmente sobre os direitos sociais fundamentais das populações mais carentes em áreas como a saúde, a educação, o saneamento, a segurança e a habitação, atingindo um número indeterminado de vítimas.

Em razão disso, a luta contra a corrupção está se postando no centro do constitucionalismo internacional global, o princípio anticorrupção vem sendo erigido como norma de *jus cogens* e recebendo especial proteção e normatização no âmbito da sociedade internacional.

### **5.1.2 O direito ao recurso mitigado pelo princípio anti corrupção**

A crescente preocupação com as mazelas da corrupção atormentam a

---

<sup>53</sup> De acordo com Guillermo O’Donnell (1996:18) “o processo de democratização consiste em duas transições: “A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático”.

sociedade internacional que passa, cada vez mais, a se debruçar sobre o tema. Via de consequência, promulgam-se documentos internacionais em prol da salvaguarda dos interesses e direitos, notadamente os humanos, que a corrupção pode ocasionar. A nível global promulgou-se em 2003 a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

No sistema regional de proteção dos direitos humanos, tem-se a Convenção Interamericana Contra a Corrupção de 1996 que está no mesmo grau hierárquico que o Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969. Assim, ambos devem servir de parâmetro e fundamento para a efetivação da proteção dos direitos humanos no continente americano.

Destarte, a preocupação, em expansão, com a corrupção no âmbito global e regional faz com que a aplicabilidade do princípio anticorrupção seja engrandecida, prevalecendo, inclusive, em relação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Nesse diapasão, o direito ao recurso seria mitigado por uma norma imperativa do direito internacional. Assim, a não anulação do julgamento proferido pelo STF evitaria os custos psicológicos da corrupção entre os brasileiros (sensação de impunidade, descrença, desconfiabilidade institucional, angústia, etc.), pois, são acutelados pelo princípio anticorrupção.

Não se está aqui a desconsiderar a importância do direito ao recurso, o que já foi enaltecido no ponto 4, mas sim, respaldar o princípio anticorrupção, e seus consectários, como norma cogente.

Ademais disso, e como visto acima, os efeitos da corrupção nos países democráticos são extremamente gravosos para a população.<sup>54</sup> Ressalta-se, também, o fato do Brasil ser um Estado ainda em processo de redemocratização, que ainda convive com as lembranças do regime autoritário, da impunidade e do desrespeito aos direitos humanos. Logo as sequelas da corrupção são mais perceptíveis e danosas.

De tal modo, sopesando as consequências negativas que a anulabilidade do julgamento pode ocasionar, sobretudo por se tratar do maior escândalo

---

<sup>54</sup> Preocupação que é respaldada no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção “Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”.

de corrupção na história do Brasil, pós-redemocratização, e já julgado pela Suprema Corte Federal, revela-se imperioso a mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição em razão do princípio anticorrupção.

## **5.2 A prerrogativa de foro no julgamento da AP 470 pelo STF e o princípio do duplo grau de jurisdição**

Efetivamente, a jurisdição especial por foro, como prerrogativa de certas funções públicas, é instituída não no interesse pessoal do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com o alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais superiores tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, às influências que atuarem contra ele e as influências midiáticas que pode se fazer<sup>55</sup>.

No Brasil, a prerrogativa de foro deve receber um tratamento ainda mais especial tendo em vista, sobretudo, as reminiscências políticas do anterior regime de governo e a recente (re)democratização do Estado brasileiro.

Naturalmente que a prerrogativa de foro deve ver claramente prevista no texto constitucional e, assim, abarcar um julgamento mais imparcial por um órgão colegiado mais experiente e mais isento.

Em razão disso, retoma-se a discussão, agora diante do caso concreto, sobre o alcance do direito ao recurso. O direito ao recurso se efetiva quando há a possibilidade do julgamento ser revisto, até mesmo, pelo Supremo Tribunal Federal? Ou, então, quando da possibilidade do julgamento ser realizado diretamente pela instância máxima?

No julgamento da AP 470 pelo STF, embora a inexistisse um recurso cabível com efeito devolutivo amplo, garantiu-se, de forma efetiva, o “*due process of law*”.

---

<sup>55</sup> Conforme lição de Gimar Mendes e Lenio Streck in (Canotilho et all/2014:1365) “as regras constitucionais de fixação do foro *ratione personae* constituem garantias constitucionais do exercício da função pelo agente público, tendo em vista a peculiaridade e importância de suas atividades no sistema democrático”. De igual maneira, Gilmar Mendes (2015:945)

Afinal, as questões de fato e de direito foram minuciosamente analisadas e estudadas por uma pluralidade de juízes, pois o julgamento se deu pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, o que fica evidente quando se analisa toda a tramitação dos autos. Releva-se, assim, a desnecessidade do processo ser reanalisado por uma outra instância. Destarte, no caso em epígrafe, pode-se dizer que houve a reanálise dos autos, fato e direito, por outros juízes que, ainda que de mesmo grau hierárquico, assim o fizeram respeitando todos os direitos inerentes a um julgamento justo e imparcial.<sup>56</sup>

### 5.3 O direito ao recurso – breve análise do caso “Barreto Leiva VS Venezuela”

A análise mais acurada dos fundamentos da decisão proferida pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “*Barreto Leiva Vs Venezuela*” revela a perfeita compatibilidade entre a previsão constitucional da prerrogativa do foro com a essência do direito ao recurso, que nas palavras da Corte tem o condão de “*evitar a concretização de uma decisão eivada de um procedimento viciado e que contenha erros que levem a um prejuízo indevido aos interesses do jurisdicionado*”.<sup>57</sup>

Destarte, tem-se que a prerrogativa de foro prevista constitucionalmente, legal e legítima, é compatível com o julgamento pela instância jurídica superior de um país. Naturalmente que este julgamento deve viabilizar a possibilidade de revisão da decisão, e com isso evitar vícios que porventura ocorreram.

#### No “caso mensalão”, a reanálise (dos fatos e do direito) do voto

<sup>56</sup> Na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), diferentemente do Pacto de San José da Costa Rica (1969), há ressalva expressa a permitir o julgamento de quaisquer pessoas pelo mais alto tribunal do país, sem que tal configure violação ao duplo grau de jurisdição (art. 2.º, 2, da Convenção Europeia).

<sup>57</sup> Seguem trechos do decísium: 75. El artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”, disposición que se relaciona con el concepto de juez natural, una de las garantías del debido proceso, a las que inclusive se ha reconocido, por cierto sector de la doctrina, como un presupuesto de aquél. 77. Ahora bien, el fuero no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a una finalidad legítima [...] 88. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indevido a los intereses del justiciable. 89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”.

proferido pelo Relator tanto pelo Revisor quanto pelos demais 9 (nove) ministros do Supremo Tribunal Federal,<sup>58</sup> harmoniza-se, em absoluto, com o intuito de se evitar erros e prejuízos processuais ao jurisdicionado,

Logo, a essência do princípio ao recurso, na visão da própria CIDH, foi perfeitamente respeitada. A análise de um eventual recurso, com amplos efeitos devolutivos, para um outro órgão/instância jurídica, perde sua finalidade última quando da reanálise pelo Plenário do STF, mesmo que num julgamento originário e único.

## CONCLUSÕES

Com efeito, após o julgamento do caso mensalão e, de maneira mais proeminente, após o encaminhamento das denúncias à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, muito se falou, com fulcro em normas de direito internacional protetivas dos direitos humanos, na “eminente” responsabilização do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,

A principal consequência, seria a anulação do julgamento do “*caso Mensalão*” em razão dos “inúmeros” desrespeitos ao princípio do duplo grau de jurisdição, o direito ao recurso, previsto no art. 8.º, 2, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O que se pretendeu com esse estudo foi justamente o contrário, retirar do próprio direito internacional os fundamentos jurídicos para a não anulação do julgamento da AP 470 pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, buscou-se analisar o princípio anticorrupção como decorrente do processo de humanização do direito internacional e, sobretudo, como norma de *jus cogens*, hierarquicamente superior a outras normas fundamentais, ressaltando, também, a íntima relação existente entre democracia e proteção dos direitos humanos.

Ademais, salientou-se o respeito a essência do direito ao recurso, sobretudo quando analisado a luz do “*due process of law*”. Pois, o julgamento do caso mensalão efetivamente se repetiu os princípios inerentes a um processo justo, imparcial e sem qualquer tipo de vício que maculasse os interesses dos acusados.

---

<sup>58</sup> Destaca-se a participação diuturna do Ministério Público Federal, também como custos legis, em todos os momentos processuais.

Convém salientar, por fim, que a problemática enfrentada nessa pesquisa é “infelizmente” atual, tendo em vista a proximidade do julgamento do “caso Petrolão”, que analisa desvios de dinheiro em licitações da Petrobrás, escândalo que, novamente, envolve o alto escalão do Poder Executivo e Legislativo e outras pessoas que não detêm prerrogativa de foro.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Buchanan, Allen; Golove David. *Philosophy of International Law*. In “The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law”. (orgs.) Jules Coleman, Scot Shapiro. Oxford, (1999)
- Buergethal, Thomas. *International Human Rights*. Minesota: West Publishing, (1988).
- Cançado Trindade, Antonio Augusto. “A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos”. São Paulo, Editora Saraiva, (1991).
- Cançado Trindade, Antônio Augusto; Ventura Robles, Manuel E. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. “Corte Interamericana de Derechos Humanos - Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados”. San José, Costa Rica, (2003).
- Canotilho, J. J. Gomes. Leony, Léo Ferreira. Mendes, Gilmar Ferreira. Sarlet, Ingo Wolfgang. Streck, Lenio Luiz. *Comentários a Constituição do Brasil*. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.
- Canotilho, J. J. Gomes. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*, 7 edição, Coimbra, Almedina, (2003).
- Cintra, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, (2014).
- Comoglio, Luigi Paolo. *Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale*. *Rivista di Diritto Processuale*. Ano 54. n.2. abril-junho. CEDAM, (1999).
- Cruz Rogério Schietti Machado. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. São Paulo. Editora Atlas, (2002).
- Greco Filho, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo. Editora Saraiva, (2009).
- Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antonio Magalhaes; Fenrandes, Antonio Scarance. *Recurso no Proceso Penal*. 3ª edição. Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais (2001).
- Henkin, Luis. *International Law: politics, values and principles*. Boston: Martinus Nijhoff (1990).
- Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, (1991).
- Hurrell, Andrew. *Power, Principles and Prudence: Protecting Human Rights in a Deeply Divided World*. In “Human Rights in Global Politics”. (orgs.) Tim Dunne e Nicholas Jj. Wheeler Cambridge, Cambridge University Press, (1999).

- 
- Machado, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, (2006).
- Martins, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra, Editora Almedina, (2006).
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 6ª edição. São Paulo. Editora RT, (2012)
- Mendes, Gilmar Ferreira Mendes. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, (2015).
- Nicolitt, André. *Manual de Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo. Editora Campus Jurídico, (2010).
- Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo. Editora RT, (2010).
- O'Donnell, Guillermo. *Transitions, Continuities and Paradoxes*. In "Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective" (orgs.) Scott Mainwaring, Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela, (1996).
- Paceli, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 19ª edição. São Paulo, Editora Atlas, (2015).
- Pinto, Monica. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: breve vision de los mecanismos de proteccion em el sistema interamericano*. In "Derecho internacional de los derechos humanos. Montevideo" Comission Internaional de Juristas/Colegio de Abogados Del Uruguay, (1993).
- Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 5ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, (2014).
- Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 3ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, (2011).
- Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, (2012).
- Prado, Geraldo. *Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier*. In "Direito Processual Penal: Uma Visão Garantista". São Paulo. Editora Lumen Juris, (2001).
- Quadros, Fausto de; Pereira, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Editora Almedina, (2011).
- Sá, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de Jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo. Editora Saraiva, (1999).
- Tavares, André Ramos Tavares. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. 2ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, (2012).
- Tavora, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 4ª edição. Bahia, Editora Podivm. (2012).
- Tucci, Rogério Lauria. *Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 2ª edição. São Paulo. Editora RT, (2004)

---

# REPENSANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: O CASO WHATSAPP

---

Reis Friede<sup>1</sup>

Uma das notícias mais veiculadas nos últimos dias – certamente decorrente do impacto social por ela causado - refere-se à decisão judicial que determinou o bloqueio do *WhatsApp* no Brasil.

Como amplamente divulgado, tal fato decorreu face à negativa do *Facebook*, dono do aplicativo em questão, quanto ao cumprimento de uma decisão judicial que determinava, por seu turno, o compartilhamento de informações que subsidiariam uma investigação criminal destinada a apurar o cometimento de crime de tráfico ilícito de drogas no município de Lagarto, no Estado de Sergipe.

Sem adentrar no mérito da decisão, cabe trazer à tona algumas considerações fundamentais.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o *amparo legal* de qualquer *decisão judicial* é sempre o ponto de partida a ser considerado por aquele que a profere, ou seja, pelo Magistrado. Todavia, este jamais pode ser o único fator a se observar.

Nesse sentido, como bem leciona o Ministro Luiz Fux (STF, Primeira Turma, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 730067, julgamento em 18/06/2013**), **outros importantes elementos devem ser considerados, indicando, por exemplo, que, ao fixar o valor de uma indenização, o Juiz**

---

<sup>1</sup> Reis Friede é Desembargador Federal e Vice-Presidente do TRF/2ª Região. Ex-membro do Ministério Público e Professor Titular da Universidade Veiga de Almeida e do Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

deve sempre se orientar pelo *princípio da razoabilidade*, “valendo-se da sua experiência e do bom senso e atento à realidade da vida”.

Com efeito, atentar para a “realidade da vida” é providência crucial para que uma decisão judicial possa alcançar a sua almejada *finalidade social*, sem a qual nenhum sentido finalístico restará à mesma. Afinal, como se sabe, o Poder Judiciário é, em última análise, um *prestador de serviços para a sociedade* e, portanto, precisa estar sempre em perfeita sintonia com os interesses preponderantes da coletividade social. Vale dizer, o Poder Judiciário não serve a si mesmo, muito menos é um fim em si mesmo, e seus operadores, os Magistrados, na qualidade de representantes do Estado-Juiz, não podem estar contaminados pelos vícios da *personalidade*, como bem assim por outros defeitos humanos.

No caso em questão, parece-nos, *data maxima venia*, que a “realidade da vida” foi absolutamente olvidada. Ora, o *WhatsApp*, sem dúvida, é um dos meios de comunicação mais usados atualmente. Segundo informações veiculadas pelo próprio MARK ZUCKERBERG, fundador do *Facebook*, em dezembro de 2015 mais de 100 milhões de brasileiros já usavam diariamente o aplicativo de mensagens.

Na esteira do raciocínio do Ministro Fux, não seria, portanto, minimamente razoável que se bloqueasse o referido aplicativo. De igual forma, não há razoabilidade na paralisação do trânsito de toda uma cidade com o intuito de se perseguir um bandido em fuga, pois o benefício experimentado pela sociedade em decorrência da prisão seria muito menor que os males causados pela ação estatal.

Assim, incumbe ao Julgador, necessariamente, - e por imperioso dever de ofício -, ponderar a forma mais adequada para fazer cumprir as suas decisões, de modo que o meio escolhido para tanto seja, ao mesmo tempo, o mais *efetivo* e o menos *prejudicial* para a sociedade.

A título de ilustração comparativa, vale consignar que todo médico, ao prescrever um anti-inflamatório, deve sempre ponderar se os benefícios decorrentes do seu uso superam os malefícios causados pelos respectivos efeitos colaterais, razão pela qual, não raro, o profissional da medicina, diante da magnitude das consequências previsíveis, simplesmente

deixa, em muitos casos, de receitar o medicamento aparentemente mais indicado pela farmacologia, pois de nada adiantaria a eventual cura de uma inflamação ao custo de se provocar uma úlcera péptica no paciente.

Transportando tal inteligência médica para o campo jurídico, cabe lembrar - posto que lamentavelmente esquecido nos últimos tempos - que as *medidas coercitivas* para abrigar o cumprimento das decisões judiciais possuem inexorável *caráter excepcional*, uma vez que a regra jurídica preconiza que o descumprimento destas deve ser imediatamente comunicado ao Ministério Público para que este, no contexto de suas atribuições constitucionais, requeira as medidas que entender cabíveis, inclusive de natureza penal, em nome da sociedade que a Instituição Ministerial representa.

Por fim, cumpre afirmar que o *bom senso*, algo tão raro nos dias de hoje, deve pautar diuturnamente a atuação do Poder Judiciário, notadamente nas demandas que envolvam (direta ou indiretamente) o conjunto da sociedade brasileira, até porque a atuação do Poder Judiciário representa, em última análise, a *orientação derradeira* do correto atuar de todos os agentes públicos, como bem assim de todos os integrantes da própria sociedade.

Destarte, precisamos urgentemente repensar a atuação do Poder Judiciário, de modo a conciliar o postulado da legalidade com os ditames do *equilíbrio e da serenidade*.



---

# *O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A SUA INFLUÊNCIA NAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS*

---

*Renata Marques Osborne da Costa<sup>1</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

O objetivo deste presente trabalho será o de abordar um tema polêmico e que ocupa cada vez mais espaço de discussão na arena política e do direito. Diz respeito ao fenômeno da Judicialização da Política.

Tal fenômeno está em voga no cenário atual brasileiro, em vista do maior protagonismo do Poder Judiciário com relação aos demais Poderes, o Executivo e o Legislativo, na efetivação dos direitos fundamentais, pelo caráter dirigente a analítico da Constituição da República de 1988, bem como da crise de legitimidade democrática por que passam aqueles Poderes, dos quais seus membros são escolhidos pelo povo.

Nesse caminho, far-se-á, primeiramente, as devidas considerações sobre a judicialização da política, mostrando de que forma o Poder Judiciário, atualmente, possui instrumentos que viabilizam tal judicialização, diferenciando tal fenômeno do ativismo judicial que, embora parecido, não se confunde.

Realizadas tais considerações, buscar-se-á traçar um panorama geral do comportamento do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, no tocante às demandas no âmbito da seguridade social, mais precisamente, em um de seus pilares, a saber: o direito previdenciário. Se ele está adotando uma postura mais ativista ou de autocontenção, o que

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Possui pós-graduação *lato sensu* em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

está ocasionando este comportamento, bem como se esse comportamento está influenciando de maneira positiva na efetivação da previdência social como direito social.

Para tanto, mostrar-se-á, em linhas gerais, que papel o Poder Judiciário está assumindo no tocante a essa crescente judicialização e se ele está influenciando diretamente nas políticas públicas previdenciárias, selecionando-se alguns julgados do STF de alta relevância na matéria, de modo a ilustrar os principais pontos de discussão que permeiam a Corte Suprema e que influência ela está exercendo junto às outras esferas de poder e, inclusive, junto aos tribunais inferiores, que enfrentam, cada vez mais, o desafio da crescente demanda no âmbito previdenciário.

## **2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Antes de adentrarmos especificamente no fenômeno da judicialização das políticas públicas, convém explicitarmos rapidamente em que consistem as políticas públicas, bem como a sua relação com os direitos sociais prescritos na Constituição da República.

As políticas públicas são programas criados e empreendidos pelo governo para solucionar problemas públicos, tendo como um de seus intuitos o de efetivar os direitos sociais, ou seja, aqueles direitos que exigem uma prestação positiva do Estado, estando elencados no *caput* art. 6º da CRFB, que a seguir se lê:

*Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*

A política pública é de difícil precisão conceitual, uma vez que está vinculada a um processo complexo desde sua formulação até a sua extinção.

De uma maneira geral, pode-se inferir que existe todo um ciclo que começa desde a identificação do problema público a ser enfrentado até a implementação, avaliação e extinção de uma política pública. Em

verdade, a depender de que política pública se está a estudar, este ciclo não se mostra tão claro, justamente por envolver um processo altamente complexo. Muitas das vezes, não é possível selecionar uma dada política pública e precisar o seu ciclo.

Hodiernamente, um fenômeno ocorrente no caso brasileiro consiste na crescente judicialização das políticas públicas, uma vez que elas não estão sendo empreendidas, ou quando estão, o são de forma deficitária, por aqueles que têm atribuição para tanto, a saber: os Poderes Legislativo e Executivo, que detêm a legitimidade democrática necessária para a formulação dessas políticas, característica que o Poder Judiciário não tem, sendo este um poder contramajoritário.

Em vista da má implementação das políticas públicas, os indivíduos, para tornarem efetivos os preceitos constitucionais, buscam o Poder Judiciário a fim de obterem a tutela dos seus direitos. Nesse caminho, esta judicialização não deixa de ser uma forma de transferência de poder para juízes e tribunais, sendo ocasionada, principalmente, pelo modelo institucional brasileiro<sup>2</sup> desenhado com a Constituição da República de 1988.

Dessa forma, podem-se elencar as principais causas que levam a judicialização no momento atual, a saber<sup>3</sup>: a redemocratização do país com a promulgação da Constituição de 1988, que conferiu uma verdadeira garantia aos membros do Poder Judiciário, bem como possibilitou a expansão institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública, levando a maior demanda por direitos junto ao Poder Judiciário; o caráter analítico e pormenorizado da Constituição de 1988, o qual Barroso denomina de *constitucionalização abrangente*, tornando constitucionais matérias de competência do legislador ordinário com espeque no processo político majoritário, que propiciou que as demandas da sociedade fossem levadas ao Poder Judiciário.

*Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.<sup>4</sup>*

---

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (syn)thesis, v.5. N.1. P.23-32. 2012, p. 3.

<sup>3</sup> BARROSO, op. Cit., p.3.

<sup>4</sup> BARROSO op. Cit., p.4.

Algumas dessas características decorrem, de certa forma, do movimento neoconstitucionalista, o qual reforça o aspecto normativo da Constituição, bem como reafirma a sua supremacia perante o ordenamento jurídico estatal, sendo instrumento efetivo de controle do poder político, de proteção dos direitos individuais e garantidor de direitos sociais mínimos para a existência humana, de forma a assegurar a sua dignidade.<sup>5</sup>

Uma outra causa para a judicialização é o nosso sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que é misto, sendo incidental-difuso, baseado no controle norte-americano, realizado de pelos juízos de primeiro grau e tribunais, e concentrado-abstrato, fundamentado no controle europeu, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça, a depender se o parâmetro está contido na Constituição Estadual ou na Constituição da República. Há que salientar que, com a Constituição de 1988, foram ampliados os instrumentos de controle concentrado, bem como o elenco de legitimados para a propositura de ADIs, conforme o art. 103 da Carta Magna.

Embora o Poder Judiciário funcione como garantidor da efetivação dos direitos sociais, a sua atuação é objeto de críticas, alegando-se, principalmente, que o ativismo judicial, em si, contribui para macular o princípio da separação dos poderes, por adentrar na seara de competência que caberia aos outros poderes, além de ter caráter antidemocrático, visto que o Poder Judiciário constitui-se em um poder contramajoritário, pois seus membros, em sua maioria, são selecionados por meio de concurso público, que é uma avaliação pelo mérito, e alguns são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, como ocorre no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais inferiores e superiores, por meio do Quinto e Terço Constitucionais. Desse modo, os membros não são escolhidos diretamente pelo povo, como ocorre na seleção dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, o fenômeno da Judicialização da Política, na busca da efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, muito embora constitua um ponto veementemente positivo para a garantia do Estado Democrático de Direito, para a efetivação da Constituição, reforçando a sua supremacia, e para a própria consolidação da democracia contemporânea, deve sofrer

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61-62.

ponderações, de modo a evitar que o Poder Judiciário se imiscua em questões que façam parte da discricionariedade administrativa, correndo o risco de tomar uma postura, de fato, ativista, que pode ser muito mais prejudicial para a democracia, uma vez que o problema relacionado à crise de legitimidade dos Poderes eleitos não se resolverá a partir de um desenfreado ativismo judicial, podendo gerar verdadeiras distorções institucionais.

Argumenta-se também que a judicialização mostra-se perigosa para a própria organização da administração pública, uma vez que ela deixaria de atender às prioridades eleitas como merecedoras de atenção por meio de políticas públicas, para atender a demandas individuais acolhidas pelas decisões do Poder Judiciário.

Os interesses individuais, portanto, mostrar-se-iam sobrepostos ao interesse público, cabendo observar que o Estado atua com recursos limitados, originados, principalmente, dos tributos pagos pelo próprio povo. Logo, não seria correto nem razoável que um poder contramajoritário, como o Poder Judiciário, pudesse interferir nas escolhas políticas dos Poderes Legislativo e Executivo para beneficiar apenas a uma parcela da sociedade.

Desse modo, um argumento, deveras, muito exposto contra o controle jurisdicional das políticas públicas concerne no fato de que este afetaria a reserva do possível. Significando que o Estado detém limites orçamentários para a realização de despesas, a fim de promover a efetivação de direitos sociais.

Tais limites têm dois vieses: um fático e outro jurídico. **É fático, devido à escassez de recursos que não é capaz de suprir todas as demandas sociais, destarte somente aqueles que detêm legitimidade democrática é que devem ser os responsáveis por fazer as escolhas prioritárias dos problemas públicos que merecem mais atenção. É jurídico, pois, para a realização de despesas, existe todo um procedimento constitucional e legal que culmina na análise da disponibilidade de recursos até a autorização orçamentária.** <sup>6</sup>

Os críticos do ativismo judicial também argumentam que todo direito tem custos, e que não cabe ao Poder Judiciário a escolha das prioridades orçamentárias, que obedece a todo um processo legislativo especial prescrito constitucionalmente (arts.165 a 169 da CRFB), uma vez que envolve

---

<sup>6</sup> NOVELINO, MARCELO. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, p.622-623.

recursos advindos do próprio povo. Eis porque a visão consequencialista do impacto das decisões judiciais é de fundamental importância para não macular a legitimidade democrática o qual se reveste os poderes legislativo e executivo.

A despeito de tais críticas, é preciso fazer uma diferenciação de fundamental importância para não se incorrer no erro de afirmar que qualquer forma de judicialização da política pode ser prejudicial à democracia. Diz respeito à diferenciação dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

Embora sejam fenômenos que se relacionem, não se confundem. Conforme ensina Luis Roberto Barroso, o fenômeno da Judicialização não decorre de um comportamento específico do Poder Judiciário. Ele decorre, precipuamente, da normatividade da Constituição, que torna exigível os direitos nela contidos, legitimando os indivíduos a deduzirem uma pretensão subjetiva ou objetiva que cabe ao juiz conhecer e decidir<sup>7</sup>. O juiz não pode deixar de conhecer um direito violado, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art.5º, XXXV da CRFB), bem como da vedação ao *non liquet* no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o fenômeno da Judicialização é inevitável, ainda que seja objeto de críticas, quando, por exemplo, ela interfere diretamente na formulação das políticas públicas, sendo, portanto, necessário realizar uma profunda remodelação dos parâmetros de análise das políticas públicas, de modo a inserir o Poder Judiciário também nesta reflexão, para compreender quais as consequências que o fenômeno da judicialização pode acarretar, bem como para ajudar na formulação de parâmetros de controle judicial de políticas públicas, o que já vem sendo debatido no âmbito do direito à saúde.

Não há mais como omitir do debate político a influência judicial que ele sofre, ainda mais porque a separação das três funções do poder não é rígida, cabendo ressaltar que o poder que um juiz tem de declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional, inevitavelmente, faz o Poder Judiciário ter relevante participação no processo político.<sup>8</sup>

Somado a isso, cabe ressaltar que foi da escolha do Poder Constituinte originário eleger o Poder Judiciário como guardião da Constituição. O

---

<sup>7</sup> BARROSO, op. Cit., p. 6.

<sup>8</sup> TAYLOR, Matthew. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: Dados. Vol.50.n.2.Rio de Janeiro, p.229-257.2007, p. 248-249.

famoso embate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição, se o Presidente da República ou o Tribunal Constitucional, na primeira metade do século XX, mostra que o modelo institucional traçado por nossa Constituição foi o responsável direto por fornecer instrumentos que propiciariam a judicialização de questões tuteladas pela Carta Magna de 1988, inclusive, em matéria de políticas públicas. Desse modo, o questionamento quanto à judicialização deve ser levada para o âmbito da análise de instituições, que supera a esfera constitucional.

*(...) a querela entre Schmitt e Kelsen toca ainda assim em um ponto nevrálgico da questão, que ainda permanece atual: quem deve ser o guardião da Constituição? Ainda que possamos pensar que, no Brasil, em virtude de previsão expressa da Constituição, essa é uma questão superada e que o guardião da Constituição é o Poder Judiciário, especialmente na figura do STF, essa seria uma visão apenas parcial do problema. A própria discussão sobre modelos de controle reinsere a questão na pauta de debates constitucionais. (...).<sup>9</sup>*

O ativismo judicial consiste propriamente em uma postura proativa do Poder Judiciário com relação à forma de interpretar a Constituição, de modo a expandir o seu sentido e alcance.<sup>10</sup> Sendo assim, há maior interferência desse Poder no espaço dos outros Poderes. A seguir, seguem as suas principais características:

*(i) A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>11</sup>*

Desse modo, pode-se inferir que a judicialização no Brasil tomou força em decorrência do desenho institucional traçado na Carta Constitucional de 1988, não devendo ser tratada como uma atitude de supremacia do Poder Judiciário com relação aos demais poderes.

Quando se judicializam determinadas questões ligadas a violações

---

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: de liberação, diálogo e razão pública. In Revista de Direito Administrativo. n. 250 (2009), p. 202.

<sup>10</sup> BARROSO, op. Cit., p. 6.

<sup>11</sup> Idem.

de direitos constitucionais, isso não deve ser visto como uma anomalia jurídica, nem como violação ao princípio dos três poderes, uma vez que o Poder Judiciário somente estará cumprindo o seu papel de garantidor dos direitos, conforme preleciona a Constituição.

No entanto, a postura ativista deve ser tratada com cautela, podendo ensejar uma crise muito mais contundente no nosso modelo de democracia representativa já bastante fragilizado. Em verdade, é preciso frisar que somente haverá uma solução quanto à crise de legitimidade no momento em que houver uma verdadeira reforma política e forem ampliados os instrumentos de democracia participativa. Nesse diapasão, segue a seguir ensinamento de Oscar Vieira.

*Uma (...) corrente enxerga a ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia. Este é o argumento fundamental do influente livro escrito por Antoine Garapon.<sup>12</sup>*

Ilustrando bem essa questão, Antoine Garapon, jurista e magistrado francês bastante conhecido no mundo, preleciona que a crescente judicialização das questões que orbitam em âmbito político pode acarretar mais danos à democracia, porquanto o fato de pôr uma autoridade judicial substituindo uma autoridade tradicional para decidir sobre uma questão leva cada vez mais à desconfiança e à culpabilização das relações sociais, situação essa difícil de se contornar. A seguir, com suas palavras.

*(...) O que é uma sociedade hiperjurisdicionalizada? Não seria a sociedade em que a hipótese do "bad man" tende a ser a única visão das relações sociais? Eis o impasse da democracia jurídica: essa moral de substituição não poderá jamais instaurar a confiança.(...)<sup>13</sup>*

<sup>12</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista direito gv. V.8. P.441-463, jul-dez 2008, p.443.

<sup>13</sup> GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de carvalho. 2.ed. Rio de janeiro: Revan, 2001, p. 152.

O contrário do ativismo concerne na autocontenção judicial, “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”.<sup>14</sup> É uma postura que procura respeitar mais a competência dos outros Poderes. Talvez seja uma atitude mais louvável em face da crise da democracia representativa. Como salientado por Garapon, o ativismo pode agravar o problema com relação à falta de confiança nas instituições tradicionais.

O Poder Judiciário deve agir caso haja uma violação a direito constitucionalmente e legalmente garantido, no entanto deve ter por cautela não adentrar na esfera de competência dos demais Poderes, com o fim único e exclusivo de resolver os problemas sociais. Caso contrário, poderá haver uma sobreposição de poderes.

### **3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL.**

#### **3.1 ASPECTOS GERAIS**

Realizados os apontamentos sobre o fenômeno da judicialização da política, pretendemos agora, neste tópico, traçar os principais aspectos sobre o comportamento do Poder Judiciário com relação aos direitos relacionados à seguridade social, mais precisamente, à previdência social.

A seguridade social no Brasil refere-se a um conjunto integrado de ações que visam a assegurar os direitos fundamentais à saúde, à assistência e à previdência social, de iniciativa do Poder Público e de toda a sociedade.<sup>15</sup>

Com relação, especificamente, à intervenção do Poder Judiciário na efetivação de prestações previdenciárias, referentes ao regime geral de previdência social, pode-se inferir, em linhas gerais, que a necessidade ocorre, muitas vezes, em vista da aplicação demasiadamente restrita da legislação previdenciária pelo INSS, ainda mais porque na administração pública não há muito espaço interpretativo pelos agentes administrativos, diferentemente do que ocorre no processo judicial, em que o órgão

---

<sup>14</sup> BARROSO, op. Cit., p.7.

<sup>15</sup>AMADO, Frederico. Direito e processo previdenciário. 3. Ed. Salvador: juspodivm, 2012, p.34.

judiciário tem uma maior margem de discricionariedade para adotar soluções de equidade.<sup>16</sup>

Outra característica importante que marca a judicialização das questões previdenciárias refere-se à falta de estrutura técnica e humana adequadas nos órgãos e entidades administrativas<sup>17</sup>, em específico, no INSS, responsável pelo deferimento de benefícios e serviços previdenciários e até mesmo assistenciais, como ocorre com o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8742/93 (Lei do LOAS).

Assim, nesta área, ocorrem muitas distorções nas interpretações conferidas em cada caso, havendo, até mesmo, flagrantes erros e discrepâncias, ocasionando o indeferimento dos benefícios de forma injusta, uma vez que nem sempre condiz com a realidade, ou o deferimento, mas que acaba por ensejar a revisão pelo próprio ente administrativo, prejudicando o beneficiário.

Neste diapasão, em vista dessas questões que permeiam esse cenário, o Poder Judiciário pode ajudar na resolução de questões mal resolvidas em vista da aplicação literal da lei pelo administrador público.

É importante enfatizar que a previdência, que é um direito social, conforme o artigo 6º da CRFB, comporta uma interpretação de suas normas, geralmente, de forma mais benéfica, em havendo dúvida, para o segurado ou dependente titular do benefício, considerada a parte mais fraca na relação previdenciária. É o que a doutrina denomina de Princípio do *in Dubio Pro Misero*.<sup>18</sup>

Este princípio remete a um Princípio do Direito do Trabalho denominado Princípio do *in Dubio Pro Operario*, sendo bastante aplicado no processo previdenciário. Além disso, em vista da maior proteção conferida ao beneficiário, o direito processual previdenciário torna-se mais flexibilizado, se comparado ao processo civil comum. Tal ligação com aquele princípio do Direito do Trabalho ocorre tendo em vista que o Direito Previdenciário nasceu como um apêndice científico do Direito do Trabalho, exercendo esse bastante influência, ainda hoje, àquele ramo do direito.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> CAMBI, Eduardo; OSIPE, Nathan Barros. Colaboração no processo previdenciário. Revista intervenção, estado e sociedade. V.1. P.129-153. Jan/jun 2014, p.134.

<sup>17</sup> CAMBI, Eduardo; OSIPE, Nathan Barros, op. Cit., p.149.

<sup>18</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário. 11. Ed. Niterói: Impetus, 2011, p.32-98 apud AMADO, Frederico. Direito e processo previdenciário. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.206.

<sup>19</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). Direito processual previdenciário: temas atuais. Niterói: Impetus, 2009, p.2.

Em que pese a aplicação do Princípio do *in Dubio Pro Misero* ao Direito Previdenciário sufragada, inclusive, pelo STJ, no tocante à aposentadoria do Trabalhador Rural<sup>20</sup>, bem como, eventualmente, de outros princípios do Direito do Trabalho, como o princípio da proteção, eles não devem ser aplicados de maneira ampla e irrestrita no Direito Previdenciário.

A uma, porque nem sempre o beneficiário da prestação previdenciária é uma pessoa hipossuficiente, a duas porquanto o Direito Previdenciário seguiu rumo próprio que o fez angariar autonomia perante o Direito do Trabalho, além de sofrer influência direta do Direito Administrativo, que é regido pelo princípio do interesse público, devendo-se mitigar a natureza protetiva daquele ramo do direito.

*A consequência da evolução normativa e acadêmica do Direito Previdenciário foi, ao se descolar do Direito do Trabalho, passar a ombrear em igualdade de importância com este na formação do denominado interesse social, um meio caminho entre o interesse individual e o interesse público. Assim, com o passar do tempo, os princípios aplicáveis ao Direito do trabalho foram sendo mitigados em sua utilização direta nas instituições de Previdência, ao mesmo tempo em que outros paradigmas foram vivenciados na estrutura previdenciária que não encontravam, antes, referência trabalhista.<sup>21</sup>*

O fenômeno da judicialização das questões previdenciárias, em vista do grande número de demandas em sua maioria individuais, bem como devido à flexibilização do processo previdenciário e da aplicação das normas muitas vezes em favor do beneficiário, pode ter consequências danosas, devendo-se tomar o devido cuidado para não contribuir mais para a desorganização administrativa e não afetar o próprio equilíbrio financeiro-atuarial, que é um princípio constitucional específico da previdência social, que detém um feitiço de seguro público, expresso no art. 202 da Constituição da República.

*Estas decisões estão tirando a Administração Pública da inércia ou causando um grande problema no que diz respeito ao financiamento das políticas públicas. Trata-se, em suma, da discussão da reserva do possível, argumento utilizado frequentemente pela Fazenda Pública em juízo. No caso da Política Pública Previdenciária, trata-se do desequilíbrio causado aos cofres da previdência, o que pode causar*

---

<sup>20</sup> STJ. AR 1.298/2010. Terceira Seção. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Publicado em 28.06.2010.

<sup>21</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). Direito processual previdenciário: temas atuais. Niterói: impetus, 2009, p.2.

*crises como a vivenciada em países com a Grécia. (...), o desequilíbrio financeiro do regime geral da previdência social – RGPS pode acarretar uma crise para o país, onde os direitos adquiridos poderão inclusive ser desconsiderados em face da falta de sustentabilidade da política pública.*<sup>22</sup>

Cabe, no entanto, destacar que, nos últimos anos, houve uma explosão de demandas judiciais previdenciárias<sup>23</sup>, que não ocorreu diretamente em vista da posição mais ativista do Poder Judiciário na área previdenciária, nem pela efetivação do direito ao acesso à Justiça, tais como a especialização da Justiça Federal em matéria previdenciária, a sua interiorização e a criação dos juizados especiais federais.

Em verdade, podemos enumerar três motivos principais que ensejam o crescimento das lides previdenciárias<sup>24</sup>, a saber: A má qualidade dos serviços prestados pelo INSS ao potencial beneficiário da previdência, a tímida utilização de instrumentos de ação coletiva ainda nessa área, bem como a resistência que ainda existe da Administração Previdenciária em aplicar o entendimento jurisprudencial já consolidado, fazendo com que o indivíduo tenha que pleitear tutela junto ao Poder Judiciário para garantir um direito já sedimentado e que a administração pública assim não o fez.

Tais fatores tornam o cenário de judicialização das lides previdenciárias cada vez mais preocupante, considerando que o INSS lidera o ranking dos cem maiores litigantes no âmbito do Poder Judiciário, conforme pesquisa empreendida pelo CNJ em 2011.<sup>25</sup>

Neste diapasão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em vista do grau de relevância das questões submetidas à Corte, por meio do reconhecimento da repercussão geral nos recursos extraordinários, bem como nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, é onde podemos reconhecer o seu importante papel como Tribunal balizador dos intensos conflitos judiciais no âmbito dos Tribunais inferiores que interferem diretamente nas Políticas Públicas previdenciárias, contribuindo para unificar e pacificar a jurisprudência em âmbito nacional.

---

<sup>22</sup> VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. O controle judicial pelo resultado da política pública previdenciária social. 2013, p.9.

<sup>23</sup> CAMBI, Eduardo; OSIPE, Nathan Barros. Op. Cit, p. 134.

<sup>24</sup> SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 2. Ed. Curitiba: juruá editora, 2009, p. 122-128.

<sup>25</sup> Dados do CNJ disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56911-inss-lidera-numero-de-litigios-na-justica>, acesso em 15 Dez. 2015.

Deve-se salientar que, nas ações de controle concentrado, não só todo o Poder Judiciário fica vinculado à decisão proferida pelo STF, como também a própria administração pública. Desse modo, apesar das críticas à judicialização em termos de democracia, esse efeito vinculante nas ações em controle concentrado é de suma importância nas lides previdenciárias, pois, como já dito, a administração previdenciária, muitas vezes, por não seguir a jurisprudência dos Tribunais, acaba por gerar mais lides, porquanto, o indivíduo, vendo que seu direito não foi satisfeito administrativamente, buscará a tutela jurisdicional, no qual sabe que obterá o seu direito.

É o que ocorre, por exemplo, atualmente com as demandas envolvendo concessão do benefício de pensão por morte nas relações de união estável. O INSS, com base em regulamento da previdência social, não defere o benefício de pensão à pessoa que não logra comprovar a união estável com o instituidor do benefício, se não houver início de prova material. Já a Justiça Federal, com súmula da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU)<sup>26</sup>, é pacífica no sentido de que a prova exclusivamente testemunhal é suficiente para comprovar a união estável. No entanto, muitas lides ainda surgem, uma vez que a súmula da TNU não detém efeito vinculante para a administração pública. Assim, a questão somente se pacificaria se houvesse uma ação de controle concentrado no STF questionando o regulamento da previdência social que impôs aquela regra ou uma formulação de súmula vinculante para o aludido tema.

Vê-se, assim, como a judicialização das políticas públicas levadas ao Supremo Tribunal Federal é sobremaneira importante para redefinir os papéis da administração pública e do Poder Judiciário.

### **3.2 ANÁLISE DE JULGADOS DO STF EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA**

Com base no que foi explicitado em tópico acima, selecionar-se-ão alguns julgados, dos últimos anos, que poderão ilustrar se há uma tendência mais ativista ou não do STF e que reflexos ela traz para o direito previdenciário como direito social, de forma a explicitar os efeitos principais ocasionados pela judicialização neste ramo do direito.

---

<sup>26</sup> Súmula 63 da TNU – A comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.

Assim, enumeramos algumas causas de repercussão decididas pelo STF, nos últimos anos, no âmbito do direito previdenciário, a fim de explicar um pouco o comportamento até então adotado por esta Corte em cada um desses casos, a saber: a necessidade do prévio requerimento administrativo para pleitear o benefício no âmbito judicial<sup>27</sup>, os efeitos da utilização de Equipamento de Proteção Individual (EPI) sobre o direito à aposentadoria especial<sup>28</sup>, bem como o reconhecimento da incidência do prazo decadencial para a revisão de benefícios concedidos antes da vigência da lei que instituiu tal prazo<sup>29</sup>. Vejamos cada uma delas.

No tocante ao primeiro julgado, o STF assentou que o segurado ou dependente titular do benefício somente poderá ajuizar ação judicial requerendo a concessão do benefício se tiver formulado, previamente, junto ao INSS, o requerimento administrativo com o pedido de concessão do referido benefício e este ter sido denegado pela referida autarquia federal.

A exigência de prévio requerimento administrativo perante o INSS, segundo o STF, não constitui violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, isto porque se não houve formulação do pedido de concessão do benefício na instância administrativa competente, não há que se falar em lesão ou ameaça a direito apta a atrair a competência do Poder Judiciário.

Vê-se, com esse julgado, que o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição de autocontenção, pois, embora tenha firmado que não se faz necessário o exaurimento de todas as instâncias administrativas para o pleito do benefício em via judicial, é preciso, pelo menos, a negação do primeiro requerimento formulado junto ao INSS para se recorrer ao judiciário. Com isso, demonstra-se a vontade do STF em não se imiscuir em questões nas quais há um ente administrativo competente para decidir.

Assim, o Poder Judiciário somente terá competência para analisar o pleito de concessão do benefício, a partir do momento em que já houve uma prévia análise administrativa, de modo a possibilitar que ele decida se realmente houve ou não violação do direito pela autarquia administrativa ou se essa seguiu regularmente a lei.

---

<sup>27</sup> STF.RE 631.240/MG. Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Publicado em 10.11.2014.

<sup>28</sup> STF.ARE 664.335/SC. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Publicado em 12.02.2015.

<sup>29</sup> STF.RE 626489/SE. Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Publicado em 26.05.2011.

No segundo julgado selecionado, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição intermediária com relação ao entendimento adotado pela Justiça Federal, no âmbito da Turma Nacional de Uniformização, e pela Justiça do Trabalho no tocante ao uso de equipamento de proteção individual (EPI). Assim, decidiu que exclui a contagem do tempo trabalhado como especial, se o uso de EPI for eficaz para eliminar a insalubridade, em caso de exposição a agente nocivo. Entendimento este parecido com o adotado pela Justiça do trabalho, conforme Súmula 80 do TST<sup>30</sup>. No entanto, excepcionou esse entendimento, caso a exposição do trabalhador for a agente nocivo ruído, aplicando o entendimento adotado pela Justiça Federal, consoante Súmula 09 da TNU.<sup>31</sup>

Com relação a esse julgado, o STF entendeu que a potência do som, mesmo que o EPI seja capaz de reduzir a exposição do trabalhador a um nível tolerável, poderá sujeitar o mesmo a outros danos ao seu organismo que vão muito além da perda de funções auditivas. Assim, nesse caso, não é possível inferir se o uso do EPI eficaz é suficiente para eliminar os riscos ocasionados pelo ruído excessivo.

Nesse sentido, vê-se, claramente, que o STF adotou uma posição mais ativista, pois realizou uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais - direito fundamental à previdência social (art. 201 da CRFB), com reflexos mediatos do direito à vida (art. 5º, *caput* da CRFB), à saúde (arts. 3º, 5º e 196 da CRFB), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB) e ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 193 e 225 da CRFB) -, de modo a construir um entendimento não explicitado em lei nem em regulamento.

O curioso é que nesse mesmo julgado o Supremo, preocupando-se com a necessária precedência da fonte de custeio que norteia os benefícios e serviços da seguridade social, reforça quais são as fontes para o financiamento da aposentadoria especial, benefício esse que tem previsão constitucional, consoante o art. 201, §1º da CRFB. Portanto, embora com uma posição mais ativista, nota-se a preocupação da Egrégia Corte com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social.

---

<sup>30</sup> Súmula n.80 do TST. Insalubridade - A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

<sup>31</sup> Súmula n. 9 da TNU - O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.

No que se refere ao último julgado selecionado para análise, o STF decidiu que incide o prazo decadencial de 10 anos, previsto na redação atual do art. 103 da Lei n.8213/91<sup>32</sup>, aos benefícios concedidos anteriormente à medida provisória MP 1.523-9/97 que inseriu tal dispositivo inicialmente em 28.06.1997. Resumindo, o Supremo entendeu que não havia direito adquirido à inexistência de prazo decadencial para fins de revisão de benefícios previdenciários concedidos anteriormente à vigência desta medida provisória.

Nesse sentido, o STF realizou uma construção jurisprudencial, não aplicando o instituto do direito adquirido, que é cláusula pétrea, de forma absoluta, pois levou em consideração também a importância do princípio da segurança jurídica, que norteia a instituição de prazos decadenciais e prescricionais, em favor da própria administração pública, no caso, o INSS. Isso demonstra que o STF, nesse caso, fez uma interpretação que visa mais ao interesse público e menos ao interesse particular.

## **CONCLUSÃO**

Conforme exposto nesse trabalho, procurou-se traçar uma visão geral do fenômeno da Judicialização da Política, salientando pontos bastante importantes que gravitam em torno dessa discussão.

Assim, foram expostos os motivos que geram o protagonismo do poder judiciário em vista da crise da democracia representativa dos poderes legislativo e executivo, por não estarem cumprindo o seu papel natural de efetivação dos direitos previstos em âmbito constitucional.

Desse modo, é preciso afirmar que o que gerou a expansão da judicialização das questões ligadas ao âmbito político sem dúvida alguma foi o desenho institucional traçado pela Constituição da República de 1988 e o seu caráter analítico, influenciado pelo movimento neoconstitucionalista, ressaltando a supremacia e o caráter normativo da Constituição.

---

<sup>32</sup> Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei n.10.839).

Fez-se, também, uma breve abordagem das críticas que permeiam a crescente judicialização, no que se referem ao agravamento da crise da democracia representativa e na falta de confiança nas instituições tradicionais. Desse modo, quis-se mostrar como isso que a judicialização não resolverá os problemas relacionados a tal crise. Em verdade, a solução consistirá em mudanças na própria arena política, com a criação de instrumentos que viabilizem a democracia participativa. Além disso, cumpre afirmar que todo direito possui custos, logo o Poder Judiciário ao efetivar direitos estará inevitavelmente interferindo no orçamento do Estado. Eis porque é tão importante que o magistrado tenha uma visão consequentialista do impacto de suas decisões judiciais.

Depois, foi realizada uma abordagem mais específica no que se refere à judicialização do direito à previdência social, de modo a expor os dois lados do problema, a saber: a demanda crescente junto ao Poder Judiciário para a garantia desse direito em face da má-prestação do serviço pela Administração Previdenciária representada pelo INSS, bem como a crescente judicialização, que acaba por se fazer presente em Tribunais Inferiores, principalmente, nos Juizados Especiais Federais, pode ser problemática para a própria organização administrativa e o equilíbrio financeiro-atuarial que permeia esse direito, por ser de índole securitário.

Assim, em que pese o caráter mais protetivo com relação aos beneficiários de prestações previdenciárias, o STF, em três julgados de relevante repercussão nesta área, que ora analisamos, tem adotado uma postura mais consequentialista do impacto de suas decisões, sobretudo aquelas de caráter mais ativista. Ademais, salienta o importante papel que a administração previdenciária tem no deferimento de benefícios, de modo a enfatizar que o Poder Judiciário somente deverá intervir em caso de violação ou risco de lesão a direito.

Podemos, portanto, concluir que o Poder Judiciário não pode ser o destinatário principal das demandas individuais, de forma a retirar a competência dos entes administrativos para tanto. Do contrário, buscar a tutela em âmbito judicial não constituirá mais na exceção, e sim na regra. O que é muito mais perigoso em termos de democracia e para a própria efetivação dos direitos, uma vez que o Judiciário estará cada vez mais abarrotado com processos, o que pode tornar a situação insustentável, gerando uma grave crise institucional.

---

Desse modo, um caminho para a efetivação dos direitos prestacionais deve se voltar menos para a crítica da judicialização da política em si, que é um fenômeno legitimamente albergado por nossa Constituição, e mais para a análise das Instituições que detêm legitimidade democrática e prestam um papel social, pensando em reformas que possam melhorá-las e fortificá-las, a fim de se evitar que as demandas junto ao Poder Judiciário tornem-se a regra; e, com relação à previdência social, o debate deverá gravitar em torno da boa prestação dos serviços pelos entes e órgãos ligados à Previdência, a começar pelo INSS. Eis aí um bom começo para esse debate tão tormentoso.

## **BIBLIOGRAFIA**

- AMADO, Frederico. Direito e processo previdenciário. 3. ed. Salvador: juspodivm, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (syn) thesis, v.5. N.1. P.23-32. 2012.
- CAMBI, Eduardo; OSIPE, Nathan Barros. Colaboração no processo previdenciário. Revista intervenção, estado e sociedade. V.1. P.129-153. Jan/jun 2014.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de carvalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Método, 2013.
- SAVARIS, José Antonio. Direito Processual Previdenciário. 2. ed. Curitiba: Juruá editora, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o Controle de Constitucionalidade: de liberação, diálogo e razão pública. In Revista de Direito Administrativo. n. 250 (2009).
- TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito previdenciário. 11. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). Direito Processual Previdenciário: Temas atuais. Niterói: Impetus, 2009.
- TAYLOR, Matthew. O Judiciário E As Políticas Públicas No Brasil. In: Dados. Vol.50.n.2.Rio de Janeiro, p.229-257.2007.
- VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. O Controle Judicial Pelo Resultado Da Política Pública Previdenciária Social. 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito Gv. V.8. P.441-463, Jul-Dez 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o Controle De Constitucionalidade: De Liberação, Diálogo E Razão Pública. In Revista de Direito Administrativo. n. 250 (2009): 197-227.

---

# *IMPEACHMENT: UMA CONFUSÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POLÍTICA E RESPONSABILIDADE PENAL*

---

*Viviane Pleyzy<sup>1</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

O processo de *impeachment* é matéria que levanta diversas vozes dissidentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Há muita confusão acerca da sua natureza jurídica, principalmente nos países presidencialistas em que o processo de *impeachment* pressupõe a existência dos denominados “crimes de responsabilidade”.

Os “crimes de responsabilidade”, ao contrário do que se afirma ou do que pode parecer, não constituem ilícitos penais, são ilícitos políticos.

Entretanto, tal constatação não é suficiente para esclarecê-los. Para além disso, é preciso que se recupere a sua natureza constitucional, desvendando-os, devidamente, sobre as luzes dos aspectos inerentes a responsabilização política.

Na verdade, a confusão entre Responsabilidade Política e criminal é da essência do próprio instituto, já que, originariamente, o *impeachment* era uma acusação criminal realizada perante o parlamento.

Ocorre que a evolução histórica dos diversos sistemas políticos revela superação dessa visão e autonomia das duas esferas de responsabilidade, ainda que a dificuldade permaneça quando condutas são, ao mesmo tempo, reprováveis politicamente e criminalmente.

---

<sup>1</sup> Viviane Pleyzy. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Assessora jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro.

O juízo político exige mais do que a autoria, materialidade e provas bastantes a comprová-los. Isso porque, ainda que se conclua a existência de um ilícito político (“crimes de responsabilidade”, em alguns países), a conduta apta a exigir a responsabilização política deve revestir-se de relevância e aptidão para repercutir negativamente no exercício da função governativa, afetando a sua credibilidade e fidedignidade. Em outras palavras, deve haver um forte sentimento de rejeição aliado à constatação efetiva de incapacidade de desempenho da função governativa.

Deve-se, ainda, perquirir um juízo de proporcionalidade no que tange à possibilidade da revogação do mandato eletivo produzir um prejuízo institucional superior à manutenção do governo vigente. A Responsabilidade Política não pode significar subversão ou ameaça à ordem pública.

Ditas essas breves palavras, passa-se a descortinar a teoria da Responsabilidade Política e a confusão entre as responsabilidades política e criminal que lhe é inerente.

## **2. O QUE É RESPONSABILIDADE POLÍTICA?**

A Responsabilidade Política é a responsabilidade imputada e exigida daqueles que detêm e desempenham cargos políticos. É no terreno pouco explorado da Responsabilidade Política que os comportamentos e condutas dos agentes políticos são questionados se correspondem ao esperado, ao desejado pelos governados. É nesse campo de limites quase indefinidos ou pouco conhecidos que é permitido ultrapassar o dogma da democracia-eleição, democracia-formal, democracia-aparência, e avaliar a conduta política de um governante, bem como quais são os instrumentos jurídicos aptos a reagir contra um governante que não corresponda às expectativas dos governados ou que utilize o exercício de poder para fins outros que não o bem comum. Nas palavras de Pedro Lomba: *“a responsabilidade política desempenha uma função reguladora e normativa no contexto de um regime político. A sua função geral passa por converter o poder político, não num imperium de força ilimitada, mas uma autoridade controlável e limitada pelo Direito”*.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Nesse sentido, LOMBA, Pedro, “Teoria da Responsabilidade Política”, Coimbra, 2008, p.11.

É indubitável que o surgimento dos mecanismos legais de responsabilização política caminha lado a lado com o estabelecimento do governo parlamentar. Baseado na ideia de que cada poder deve ter um meio de influenciar a existência de outro, o sistema parlamentarista possibilita ao parlamento a derrubada do governo quando não mais detentor da sua confiança e, em contrapartida, possibilita ao governo a dissolução do parlamento, se em consonância com a vontade popular.<sup>3</sup>

Contudo, como pode parecer a princípio, a ideia de Responsabilidade Política não repousa suas raízes no governo parlamentar, na verdade através da sua sistematização é que surgiram os primeiros mecanismos legais de responsabilização política. O ideal de governo responsável surge juntamente com a democracia, sendo sua própria essência e condição de existência.

Podemos afirmar, no entanto, que o presidencialismo foi extremamente infeliz ao, fundamentado na separação rígida de poderes, optar pela responsabilização política através do instituto do *impeachment*. Esse mesmo instituto foi adotado de forma antagônica nos países presidencialistas, a oscilar sua natureza entre o político e o criminal. Como adiante se verá, da instrumentalização do *impeachment* restou a confusão e a ineficiência.

Se quisermos, porém, colocar a Responsabilidade Política no lugar condizente com o seu conteúdo, devemos, em primeiro lugar, expurgá-la da dicotomia presidencialismo-parlamentarismo, de modo a superar, assim, a falsa concepção de que Responsabilidade Política se resume às formas de destituição de poder, ela não é somente isso. Ela é também as formas de destituição de poder. Ademais, a autonomia e a delimitação da responsabilidade de que ora tratamos é assunto que interessa a ambos os sistemas de governo, porque é tema importante para a democracia, para a sua sobrevivência e para o seu equilíbrio.

Como bem leciona Pedro Lomba, "*ao exigir a substituição periódica e pacífica dos representantes, a democracia representativa impede o aparecimento de formas de governo abusivas, ditatoriais, caracterizada pela perpetração de um titular no poder. A responsabilidade é uma condição da democracia, tal como a democracia é uma condição da responsabilidade. O povo admite apenas a*

<sup>3</sup> Nesse sentido, SEGUR, Philippe, "Qu'est ce que la responsabilité politique?" in *Revue Du Droit Public et la Science Politique em France et a Etranger*, Paris Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 1606.

*cedência do seu poder. (...) A responsabilidade é, neste sentido, a principal fonte de regulação de uma democracia. Só a responsabilidade permite a revogação última dos detentores do poder político".<sup>4</sup>*

Com Philippe Segur, afirma-se que é sobre esse prisma que a Responsabilidade Política encontra sua verdadeira natureza, em outras palavras, a Responsabilidade Política não pode ser inserida na questão do governo parlamentar se levarmos em conta sua ligação intrínseca com a noção de governo representativo.<sup>5</sup>

A Responsabilidade Política é, também, uma questão de legitimidade política, uma vez que é o próprio fundamento e limite de atuação do poder. A Responsabilidade Política dos governantes constitui o fundamento das obrigações políticas dos cidadãos. Assim, uma vez não observada as regras de conduta responsável, o que ocorre quando os governantes tomam decisões que lesam manifestamente o bem da comunidade ou quando praticam crimes, as condições que tornaria o seu poder legítimo e válido se desfizeram. Um poder justo e responsável justifica as obrigações políticas dos cidadãos; um poder opressivo e despótico legitima a ruptura.<sup>6</sup>

Na história da humanidade, ultrapassada a idade média em que o poder político era legitimado em bases teocráticas, assistimos paulatinamente a democratização dos regimes políticos e a opção quase universal pelo governo representativo. É nesse estágio que as democracias constitucionais começam a abastecer-se de mecanismos que objetivam reprimir comportamentos ilícitos de maus governantes. Tais mecanismos recaíram sobre a tutela criminal diversa da que vigora para os demais indivíduos.

Tal opção, no entanto, tem demonstrado que *"sempre que os governantes são responsabilizados criminalmente por crimes que praticaram no exercício do seu poder, subsiste uma certa dimensão política nesses processos, como se a acusação (criminal) daqueles que exercem o poder político excedesse uma simples função de responsabilização individual pelos ilícitos cometidos"*.<sup>7</sup> Dessa forma, conclui Pedro Lomba, *"a justiça política acaba por ser precisamente aquilo com que se define:*

<sup>4</sup> LOMBA, Pedro, *Op. Cit.*, Coimbra, 2008, p. 31.

<sup>5</sup> Nesse sentido, SEGUR, Philippe, *Op. Cit.*, p. 1606.

<sup>6</sup> LOMBA, Pedro, *Op. Cit.*, Coimbra, 2008, p. 12-13.

<sup>7</sup> *Idem ibidem*, p. 13.

*política, imperfeita, susceptível ao desacordo e à manipulação política e daí a imperiosa necessidade de se regularem e aprimorarem os mecanismos jurídicos que asseguram a sua aplicação”.*<sup>8</sup>

Se a responsabilidade criminal dos governantes em si é uma responsabilidade difícil porque sempre suscita o seu uso político, a Responsabilidade Política é um domínio mais árduo ainda, porque falta a essa responsabilidade a tipicidade de imputação que encontramos no direito penal. Não há, no âmbito da Responsabilidade Política, um conjunto de ações ou omissões predeterminadas que constituem ilícitos sancionáveis. A utilização da responsabilidade penal como um substitutivo para Responsabilidade Política tem sido muito criticada pela doutrina e tem sido apontada como um dos fatores que importam o seu declínio.

Segundo Pedro Lomba, o primeiro passo para entender a Responsabilidade Política é recuperar sua natureza constitucional. *“A responsabilidade política é um conceito constitucional. As funções da responsabilidade política são também as funções da constituição. (...) o primeiro objetivo das constituições continua ser o de organizar, limitar e controlar o exercício do poder político. O direito constitucional é, antes de tudo, um sistema de regras e procedimentos jurídicos que asseguram a responsabilização e o exercício controlado do poder. (...) As constituições delimitam a ordem política no espaço e no tempo, identificando os sujeitos políticos e os respectivos poderes, estabelecendo os direitos dos cidadãos, separando tendencialmente o político do não-político. Em resumo, a função ordenadora das constituições também serve para discriminar um espaço – um espaço público constitucional – em que a conduta dos agentes políticos não é neutra ou inócua, assumindo relevância jurídica e criando-lhe obrigações particulares perante outros agentes políticos e perante os cidadãos”.*<sup>9</sup>

Diante do exposto até o presente momento, podemos conceituar a Responsabilidade Política como a responsabilidade constitucional daqueles que exercem o poder, tendo como função precípua verificar continuamente a sua legitimidade. Sendo certo que poder legítimo é poder limitado.

<sup>8</sup> *Idem ibidem*, p. 14-15.

<sup>9</sup> *Idem ibidem*, p. 22-23.

É no exercício da limitação do poder que a Responsabilidade Política se reveste de condição necessária para o equilíbrio estável entre os órgãos estatais, tendo em vista que em uma democracia constitucional não pode existir separação absoluta entre poderes de Estado, pelo contrário, devem existir mecanismos que possibilitem que um órgão seja potencialmente responsável perante outro.

A Responsabilidade Política, nesse contexto, não prescinde de um estudo da separação de poderes, pois passa necessariamente pela relação entre o poder executivo e o poder legislativo e pelo lugar destinado ao poder judiciário perante o poder político.

Na realidade, no entanto, o estudo da Responsabilidade Política tem sido diminuído a questão orgânica, a relação entre órgãos e poderes do Estado. Em virtude disso, a maioria dos sistemas presidencialistas a tem recusado, sob alegação de uma rígida separação de poderes. Ocorre, porém, que a separação de poderes não significa autonomia de poderes, mas interdependência e controle mútuo. Outrossim, o que podemos notar, como há de ser visto mais detalhadamente, é que os países presidencialistas afastam a Responsabilidade Política dos governos mediante uma rígida separação de poderes e no seu lugar delegam ao direito penal a função de limitar este poder.

A construção presidencialista da Responsabilidade Política merece duas críticas: a primeira delas é confundir separação de poderes com autonomia de poderes, a segunda é simplesmente não levar em consideração que a Responsabilidade Política não é tão somente uma relação entre poderes, mas também a relação entre governantes e governados que exige o exercício legítimo e responsável do poder político delegado através dos mandatos eletivos.

Por isso, *“a responsabilidade política pressupõe uma relação político-constitucional entre sujeitos, através da qual um deles assume obrigações de conduta perante outro. O sujeito responsável fica sujeito, em permanência, a um poder de apreciação e valoração das suas condutas, segundo mecanismos institucionais que variam entre as várias experiências constitucionais e sistemas de governo”*.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> *Idem ibidem*, p. 32.

Nesse ponto, um esclarecimento se faz necessário: a Responsabilidade Política não é definida exclusivamente a partir de mecanismos sancionatórios que propiciam a queda dos governos. Na realidade, o que se almeja é a proximidade entre eleitores e eleito, e o exercício legítimo do poder político. Nesse contexto, a queda do governo é uma das faces dessa responsabilidade que, na atualidade, é a menos utilizada. O estudo do instituto em tela exclusivamente através dos critérios sancionatórios certamente levará a conclusão errônea do seu completo ou quase desuso.

A Responsabilidade Política, então, tem como pressuposto a titularidade de um poder político. De acordo com Pedro Lomba, *"de facto, o poder político é uma condição necessária da responsabilidade política ou, antes, da feicção política dessa responsabilidade. A função da responsabilidade política não é precisamente eliminar o poder político, mas conduzir à sua utilização controlada. Todavia, o pressuposto de um conceito é apenas um pressuposto, não pode ser conceito. O conceito da responsabilidade política pressupõe certamente o poder político, mas, não sendo esse o seu único pressuposto, não pode confundir-se exclusivamente com ele"*.<sup>11</sup>

Entretanto, não é qualquer poder político que é pressuposto da responsabilidade objeto do nosso estudo, este poder político tem que ser legítimo, em outras palavras, democrático. Portanto, a democracia também constitui pressuposto da Responsabilidade Política. Somente a democracia cria o ambiente favorável à institucionalização da Responsabilidade Política, porque traz em seu âmago a ideia de governo limitado.

Pode-se afirmar que *"a governação responsável é aquela que age segundo critérios morais ou de acordo com padrões de justiça, aquela cuja legitimidade é pública e consensualmente aceite. Um dos corolários da moralidade política é a interdição da arbitrariedade; outro, o respeito pelos direitos individuais dos cidadãos. Um poder que satisfaça estes critérios será, nesta acepção, considerado justo e responsável; será um governo respeitador das suas próprias obrigações morais e, por isso, merecedor das obrigações dos seus cidadãos. Será, numa palavra, um governo legítimo"*.

A concepção puramente moral da Responsabilidade Política esbarra em críticas, pois tende a ver o domínio político e o moral como sinônimos.

<sup>11</sup> *Idem ibidem*, p. 71.

Em que pese tal crítica, esse conceito deve ser visto como norteador do conceito jurídico. A moralidade não é estranha ao direito, muitas constituições erigiam a moralidade à condição de princípio jurídico. Se é certo que o direito pode ser indiferente ou neutro a moral, não significa que este possa se converter num campo fértil para o imoral, principalmente quando direito se presta a regular o poder político.

Outra acepção de Responsabilidade Política que possui conteúdo mais filosófico que jurídico, mas que também se presta a nortear a definição que ora se busca, é a que se relaciona ao bom governo, ao governo incorruptível e que busca o bem comum. O mérito desse conceito se encontra em ligá-lo com a eficiência da atuação política.

A Responsabilidade Política também pode ser vista como a obrigação dos titulares do poder político de prestar contas pelos seus atos. *“O que se pretende com esta obrigação especial de prestar contas é impelir os representantes a agir de uma determinada maneira, mais fiel aos representados. Se obrigarmos aqueles que governam a prestarem contas do que fazem aos representados, isso melhorará a própria atividade de representação”*.<sup>12</sup>

Os autores anglo-saxônicos utilizam o termo *accountability* para descrever essa obrigação, embora a tradução “dever de prestar contas” seja imperfeita. Contudo, esse sentido de Responsabilidade Política não é amplamente aceito, havendo quem afirme se tratar de campo mais afeto a sociologia que ao direito.

A ideia de confiança também é utilizada para explicar a relação de Responsabilidade Política. Em conformidade com Canotilho, o titular do órgão controlado deve dispor *“de uma relação de confiança do controlante e que perante este responda pelos efeitos e pelas orientações políticas da sua atividade”*.<sup>13</sup>

No entanto, Pedro Lomba critica esta definição, uma vez que *“não há qualquer elemento substantivo ou valorativo deste conceito de confiança; nada que nos permita separar as instituições merecedoras e desmerecedoras de confiança, o tipo de conduta política que a conserva*

<sup>12</sup> *Idem ibidem*, p. 81.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Direito Constitucional e teoria da constituição”, Almedina, 7. ed., 2010, p.578.

*ou que a pode eliminar. Nesse sentido, não possuindo condições para determinar o conteúdo material de confiança política e, por arrastamento, em que casos é que um sujeito deverá assumir a responsabilidade política que nos resta torna-se vazia".<sup>14</sup>*

*Dessa forma, para o autor, "a responsabilidade política deve ser antes entendida como resultado de um esquema contínuo em que confiança e desconfiança política coexistem em tensão. O binômio confiança/desconfiança é relevante, mas não suficiente para caracterizar as obrigações de comportamento em que a responsabilidade política se traduz".<sup>15</sup>*

É notado, porém, que o sentido mais conhecido de Responsabilidade Política é relacionado ao dever do sujeito responsável de se demitir, a sanção revogatória. Esse conceito valoriza mais a ruptura política que a continuidade. Quanto essa visão sanção revogatória, entende Pedro Lomba que *"ela só se refere ao termo de uma mais ampla relação constitucional entre o sujeito responsabilizador e o sujeito responsável, ignorando todos os vínculos entre aqueles sujeitos em momento anterior à efetivação da demissão. Desses vínculos também nascem obrigações de responsabilidade política que não podem ser ignorados pela teoria constitucional. Por isso, a responsabilidade política comporta uma relação constitucional mais ampla e contínua do que a obrigação de demissão. A obrigação geral de prestar contas, a obrigação de transmissão de informação ou justificação de decisões constituem formas de efetivação da responsabilidade política".<sup>16</sup>*

O conceito a que a presente pesquisa adere é o exposto por Pedro Lomba, segundo o qual a Responsabilidade Política é um processo relacional que liga sujeito responsável e sujeito responsabilizador e tem como objeto obrigações jurídicas concretas de atuação.<sup>17</sup>

O sujeito responsável é o detentor de poder político que possui liberdade e discricionariedade de decisão, em outras palavras, os governantes.<sup>18</sup>

O sujeito responsabilizador é aquele que possui competências

<sup>14</sup> LOMBA, Pedro, Op. Cit., Coimbra, 2008, p. 99.

<sup>15</sup> *Idem ibidem*, p. 100.

<sup>16</sup> *Idem ibidem*, p. 101.

<sup>17</sup> Cf. *Idem ibidem*, p.106.

<sup>18</sup> Cf. *Idem ibidem*, p.111.

constitucionais *“para converter a relação de responsabilidade política numa ou em várias obrigações exigíveis. O sujeito activo da relação de responsabilidade tem necessariamente de ser um órgão político porque é a posição de vantagem constitucional do órgão que lhe confere a possibilidade de impor obrigações ao sujeito responsável”*.<sup>19</sup>

A existência de um sujeito responsabilizador revela uma característica da Responsabilidade Política, que Philippe Segur denomina de “desencadeamento heterônomo”, ou seja, a ideia central de acordo ou desacordo político implica que o início do processo não é voluntário, mas induzido. Mais precisamente deve ser heterônomo, condicionado por um órgão externo à pessoa que o suporta. Ela não pode depender exclusivamente da pessoa que está sujeita. Essa característica exclui do conceito de Responsabilidade Política a “auto demissão” do executivo.<sup>20</sup>

Quanto ao objeto da Responsabilidade Política existem duas regras: *“(1) as condutas relevantes para a responsabilidade política são aquelas que se repercutem negativamente no exercício da função ou actividade do sujeito responsável; (2) deverá existir um nexó relevante entre as condutas críticas do sujeito responsável e o seu significado para a credibilidade e fidedignidade do sujeito responsável”*.<sup>21</sup>

Segundo Philippe Segur, a sanção não deve ser entendida no sentido negativo, mas identificada com uma revogação. Ela deve ser compreendida como a atribuição de um valor jurídico a um fato ou evento. Será um valor positivo na hipótese de uma manifestação de confiança e um valor negativo no caso de uma manifestação de desconfiança, a primeira envolve um acordo e a segunda uma disputa política entre governo e parlamento. A revogação é apenas uma forma de sanção e quando isso acontece, significa que os representantes confirmam a vontade nacional, verifica-se, portanto, a identidade entre a vontade nacional e os governantes. A Responsabilidade Política não materializa necessariamente a derrubada do governo, mas implica a sua possibilidade. A revogação é uma consequência possível da operação pela qual a vontade nacional é atualizada.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p.120.

<sup>20</sup> Cfr. SEGUR, Philippe, *Op. Cit.*, Coimbra, p.123.

<sup>21</sup> LOMBA, Pedro, *Op. Cit.*, Coimbra, p.123.

<sup>22</sup> Nesse sentido, SEGUR, Philippe, *Op. Cit.*, p. 1617.

Importante frisar, nesse diapasão, que a conduta ensejadora de sanção política deve ser merecedora *"de um forte sentimento de rejeição colectiva; excluída está a possibilidade de se exigir a demissão de um titular de cargos políticos com base num qualquer juízo de prognose. Forçar a demissão de um sujeito político responsável apenas porque, presumivelmente, esse sujeito desempenhará as suas funções de forma defeituosa afasta a responsabilidade política da sua função reactiva"*.<sup>23</sup>

Além disso, *"a demissão será mais facilmente exigível se ela não produzir efeitos intoleráveis consequentes, isto é, se dela resultar um prejuízo institucional claramente superior à aplicação da responsabilidade política. Com efeito, não parece que o dever de demissão possa ser o mesmo em condições de normalidade constitucional e durante situações de emergência. Havendo fortes riscos de subversão ou ameaça à ordem pública, a efectivação da responsabilidade política pode ser atenuada"*.<sup>24</sup>

O que diferencia a Responsabilidade Política dos outros tipos de responsabilidades, civil, penal e administrativa, é que a Responsabilidade Política não exige a existência de um dano. Na sua essência, ela é uma responsabilidade por ações ou omissões políticas bastantes para ensejar uma desvalorização constitucional. Outra diferença é que a Responsabilidade Política prescinde de um juízo de culpabilidade. Em outras palavras, a culpa não é um pressuposto desse tipo de responsabilidade.<sup>25</sup>

Philippe Segur afirma que a divergência de pontos de vista entre governo e deputados é suficiente para ensejar a Responsabilidade Política, assim como o desacerto político, logo a culpa não é necessária.<sup>26</sup>

Porém, como bem afirma Pedro Lomba, *"a autonomia do juízo de imputação da responsabilidade política face ao juízo de culpa não afasta a que, em concreto, o maior ou menor grau de culpabilidade revelado por um titular de cargo político possa ser relevante para graduar a obrigação final de responsabilidade"*.<sup>27</sup>

Nesse estágio da presente pesquisa, algumas considerações são necessárias. O conceito ora apresentado de Responsabilidade Política está

<sup>23</sup> LOMBA, Pedro, *Op. Cit.*, Coimbra, p.133-134.

<sup>24</sup> *Idem ibidem*, p. 133-134.

<sup>25</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p.141-142.

<sup>26</sup> Nesse sentido, SEGUR, Philippe, *Op. Cit.*, p. 1608.

<sup>27</sup> LOMBA, Pedro, *Op. Cit.*, Coimbra, 2008, p. 142.

longe de encontrar unanimidade doutrinária. Há quem pretenda excluí-la do rol das responsabilidades jurídicas colocando-a exclusivamente no campo político. Há quem ignore os estágios anteriores à revogação dos mandatos diminuindo-os à mera responsabilidade sancionatória. Há quem defenda que a responsabilidade penal deve substituir a Responsabilidade Política. Enfim, existem vozes dissidentes e conflitantes, diversificadamente.

O conceito exposto é o que se julga mais adequado aos objetivos da presente investigação. Até mesmo porque o maior desafio da Responsabilidade Política, na atualidade, reside menos na sua definição e muito mais no campo da sua efetividade.

Muitos autores têm afirmado que é preciso (re)viver a teoria da Responsabilidade Política. Contudo, revivê-la não implica tão somente em descortinar o seu conceito, sua delimitação e autonomia. Implica, principalmente, em detectar quais são os seus entraves.

O aproveitamento político da responsabilidade jurídica, bem como a utilização da responsabilidade criminal como substitutivo da Responsabilidade Política, ambos aspectos de um fenômeno denominado “criminalização da política”, têm sido largamente apontados pela doutrina como entraves para a realização da Responsabilidade Política, aspectos que serão analisados a seguir.

### **3. CRIMINALIZAÇÃO DA POLÍTICA.**

Nesse ponto da investigação, dedica-se atenção à conturbada relação entre Responsabilidade Política e responsabilidade penal. Essa conflituosa ligação possui origens profundas, tendo em vista que, a Responsabilidade Política, em sua gênese, é inseparável da responsabilidade criminal, sendo resultado, na Inglaterra, da politização gradual de um procedimento criminal: o *impeachment*.

Observa-se que no ordenamento jurídico de diversos Estados, presidencialistas e parlamentaristas, há dificuldade de bem delinear e separar a Responsabilidade Política da responsabilidade criminal, o que resulta na prevalência e absorção dessa sobre aquela, fenômeno

denominado de “criminalização da política”, que traz sérias implicações quanto aos seus resultados, principalmente no que toca a autonomia do instituto e do direito constitucional.

Tal circunstância é agravada pelo fato de, muitas vezes, um mesmo comportamento implicar em Responsabilidade Política e criminal.

Como dito anteriormente, a criminalização da política é, na atualidade, um dos motivos pelo qual a Responsabilidade Política tem sido condenada à letra morta nas diversas constituições.

Objetivando lançar luz sobre assunto tão conturbado, passa-se a analisar a tensão existente entre as duas responsabilidades, identificando o regime jurídico a que cada uma se submete, pois o que a jurisprudência tem demonstrado é que toda falta de delimitação das duas matérias resulta em injustiças, sentimentos de impunidade e utilização política de procedimentos jurídicos.

### **3.1 BREVE HISTÓRICO DA CONFUSÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POLÍTICA E RESPONSABILIDADE PENAL.**

Como já dito anteriormente, a Responsabilidade Política se originou da politização de um procedimento criminal, o *impeachment*. O *impeachment* era originariamente, na Inglaterra, um processo criminal que corria perante o parlamento em face de autoridades detentoras de poder e tendo por objeto infrações e penas previstas em lei, embora em se tratando de crimes capitais, o parlamento fosse livre na escolha da pena a ser aplicada, podendo ser de destituição de cargo, confisco, prisão ou outras.<sup>28</sup>

Segundo Paulo Brossard, o referido instituto expandiu-se e “*passou a ser livremente admitido em relação a “high crimes and misdemeanors”, crimes e atos que não constituíam crime, mas faltas consideradas prejudiciais ao país, independentemente de enunciação ou caracterização legais*”.<sup>29</sup>

O que se assistiu no final do século XVIII foi “*um fenômeno que consistia*

<sup>28</sup> Nesse sentido, BROSSARD, Paulo, “O impeachment: Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República”, São Paulo: Saraiva, 3 ed., 1992.

<sup>29</sup> Idem ibidem, p. 28.

*Impeachment: uma confusão entre responsabilidade política e responsabilidade penal*

*no facto de o parlamento fazer um aproveitamento político desse seu poder com o intuito de se desembaraçar de certos ministros, os quais “convidava” a apresentar a demissão sob ameaça de perseguição penal”*.<sup>30</sup>

Dessa forma, o *impeachment* adquiriu feição política, tendo chegado a um ponto que o carácter político sobrepujou o aspecto penal.<sup>31</sup> “*O jogo da responsabilidade deixou de ser apurado através das delongas de um processo judicial, passando a operar-se em termos de confiança política*”.<sup>32</sup>

A transformação do instituto em questão em mecanismo de responsabilização política é denominada por Philippe Chrestia de “*banalização do processo de impeachment*”, tendo em vista que a mera ameaça de uma acusação de responsabilidade penal era suficiente para a demissão. Por isso, afirma que a Responsabilidade Política não existe por si só, ela foi absorvida pela responsabilidade penal.<sup>33</sup>

Deve ser levado em conta que nas primeiras manifestações do *impeachment*, esse tinha um carácter individual. Contudo, quando em 1782, Lord North e seu gabinete se afastam mediante um voto de desconfiança do parlamento, a responsabilidade até então individual passa a ser coletiva. Isso marca o nascimento da Responsabilidade Política tradicional, ou seja, a obrigação de o gabinete se demitir quando não detentor da confiança do parlamento.<sup>34</sup>

O *impeachment* foi adotado pelos americanos, contudo, à época, enquanto a Inglaterra começava a ver a responsabilidade ministerial em termos políticos, nos Estados Unidos ele foi de pronto implementado como expediente político com separação do juízo parlamentar da instância criminal.<sup>35</sup>

*O impeachment norte-americano não é um processo criminal, “é um processo exclusivamente político, que mais visava a proteger o Estado*

<sup>30</sup> URBANO, Maria Benedita, “Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar”, in Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa: Ordem dos Advogados. n. 27 (2003), p. 38.

<sup>31</sup> Cfr. BROSSARD, Paulo, Op. Cit., p. 28.

<sup>32</sup> BROSSARD, Paulo, Op. Cit., p. 30.

<sup>33</sup> CHRESTIA, Philippe, “Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société” in Revue du Droit Public et la Science Politique em France et l’Etranger. Paris Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p. 741.

<sup>34</sup> URBANO, Maria Benedita, Op. Cit., in Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa: Ordem dos Advogados. n. 27 (2003), p. 38.

<sup>35</sup> Nesse sentido, BROSSARD, Paulo, Op. Cit., p. 31.

*do que a punir o delinqüente*<sup>36</sup>, “o impeachment não era um libelo criminal, nem mesmo um libelo, mas apenas um inquérito, feito pelas duas Casas do Congresso, para saber se um cargo não poderia ser mais bem preenchido”.<sup>37</sup>

Enquanto na Inglaterra, o *impeachment*, originariamente um procedimento criminal, cedeu lugar à Responsabilidade Política, nos Estados Unidos ele foi adotado, de pronto, como expediente político. Dessa forma, embora por processos díspares, ambas as experiências se assemelham quanto ao resultado, qual seja, o de afastar do governo a autoridade que se pôs em conflito com a maioria da nação, representada no Parlamento.<sup>38</sup>

Em que pese a referida construção teórica, na realidade, a separação da Responsabilidade Política da responsabilidade criminal não ficou tão bem delimitada. Na Inglaterra, muitas vezes uma acusação criminal era feita com o objetivo único de afastar um ministro do governo. Nos Estados Unidos, o processo de *impeachment* do então presidente Bill Clinton, em 1999, demonstra bem a confusão entre as duas responsabilidades, tendo em vista que o motivo pelo qual foi submetido ao mencionado processo político foram acusações penais de perjúrio e obstrução da Justiça<sup>39</sup>, o que demonstra a patente confusão entre Responsabilidade Política e responsabilidade criminal.

O *impeachment* estadunidense influenciou outros países presidencialistas, como o Brasil e a Argentina, em que “*pelo referido processo, com fases e formas que o assemelham ao processo judicial, não se apura senão a responsabilidade política, através da destituição da autoridade e sua eventual desqualificação para o exercício de outro cargo*”<sup>40</sup>. Convém notar, no entanto, que “*nos Estados Unidos, o impeachment tem cabimento em casos de traição, corrupção e outros grandes crimes e faltas graves; na Argentina, cabe o juízo político por crime comum, delito no exercício das funções ou mau desempenho do cargo. No Brasil, ele supõe*

<sup>36</sup> Idem ibidem, p. 32.

<sup>37</sup> Idem ibidem, p. 33.

<sup>38</sup> Cfr. Idem ibidem, p. 34.

<sup>39</sup> Quanto ao assunto, \_\_\_\_\_, “Impeachment of Bill Clinton”, Disponível em [http://em.wikipedia.org/wiki/Impeachment\\_of\\_Bill\\_Clinton](http://em.wikipedia.org/wiki/Impeachment_of_Bill_Clinton)”. Acesso em 09 de abril de 2011.

<sup>40</sup> BROSSARD, Paulo, Op. Cit., p. 37.

*a prática de “crime de responsabilidade”, que a Constituição determina seja definido em lei especial, que regule também o processo”<sup>41</sup>.*

Assim, a doutrina costuma afirmar que nos Estados Unidos o *impeachment* é um procedimento político e na Argentina, possui natureza político-penal. No Brasil, a natureza do *impeachment* não encontra unanimidade doutrinária.

A CRFB prevê, no seu artigo 85<sup>42</sup>, os “crimes de responsabilidade” que ensejam o *impeachment* do Presidente da República e dispõe, ainda, no parágrafo único do referido artigo, que esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.<sup>43</sup>

Tal disposição constitucional tem levado parte da doutrina a afirmar que não existe arbítrio na matéria, uma vez que as condutas tipificadoras dos “crimes de responsabilidade”, se encontram taxativamente previstas na CRFB e em lei especial.<sup>44</sup>

Nesse mesmo sentido, leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho: *“No presidencialismo, o Presidente da República não é politicamente responsável perante o Congresso Nacional. Isto significa, em última análise, não poder ele ser afastado do cargo por motivos e razões meramente políticas, como as que decorrem da desaprovação de sua política de governo, da orientação geral que imprime à ação governamental”*. E acrescenta em seguida: *“A irresponsabilidade política, todavia, não importa irresponsabilidade criminal. Não se aplica ao Presidente da República a máxima cunhada ao tempo das monarquias absolutistas: le roi ne peut pas*

<sup>41</sup> BROSSARD, Paulo, Op. Cit., p. 38.

<sup>42</sup> “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I – a existência da União;

II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a segurança interna do País;

V – a probidade na administração;

VI – a lei orçamentária;

VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.” (\_\_\_\_\_, “Constituição da República Federativa do Brasil”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 15ª ed., 2011, p. 63-64).

<sup>43</sup> Lei 1.079/1950 (Crimes de Responsabilidade).

<sup>44</sup> Nesse sentido, LACERDA, Paulo, “Princípios de Direito Constitucional”, Rio de Janeiro, 1929, p. 462 apud BROSSARD, Paulo, Op. Cit., p. 52.

*mal faire. Assim, responde o Presidente da República pelos crimes comuns que cometer, assim como pelos crimes de responsabilidade que praticar*".<sup>45</sup>

Nessa mesma linha, afirma o constitucionalista Luís Roberto Barroso: "é possível afirmar (...) que os crimes de responsabilidade se submetem, no direito brasileiro, a um regime de tipologia constitucional estrita, cabendo ao legislador ordinário tão-somente explicitar e minudenciar práticas que subsumam aos tipos constitucionais".<sup>46 47</sup>

Dessa forma, tem sido afirmado pela doutrina que, no Brasil, o processo de *impeachment* possui natureza político-criminal, tendo em vista que o julgamento é realizado por um tribunal político, mas recai sobre condutas criminais.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. "Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, São Paulo: SARAIVA, 1992, P. 166 APUD soares, Humberto Ribeiro, "Impeachment: crimes de responsabilidade do Presidente da República", Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 1993, p. 60.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto, "Aspectos do processo de impeachment. Renúncia e exoneração de agente político. Tipicidade constitucional dos crimes de responsabilidade" in Temas de Direito Constitucional, São Paulo: Renovar, Tomo I, 2ª ed., 2006, p. 453.

<sup>47</sup> Oportuno informar que esse entendimento tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que teve a oportunidade de enfrentar a referida matéria no julgamento do Mandado de Segurança nº 21623-9/Distrito Federal: "EMENTA: - CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT: NA ORDEM JURÍDICA AMERICANA E NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA. O "IMPEACHMENT" E O "DUE PROCESS OF LAW". IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DE SENADORES. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 51, I; ART. 52, I, PARÁGRAFO ÚNICO; ARTIGO 85, PARÁG. ÚNICO: ART. 86, § 1º, II, § 2º, LEI Nº 1.079, DE 1950, ARTIGO 36; ARTIGO 58; ARTIGO 63.

I – O "impeachment", no sistema constitucional norte-americano, tem feição política, com a finalidade de destituir o presidente, o Vice-Presidente e funcionários civis, inclusive juízes, dos seus cargos, certo que o fato embasador da acusação capaz de desencadeá-la não necessita estar tipificado em lei. A acusação poderá compreender traição, suborno ou outros crimes e delitos ("treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors.") Constituição americana. Seção IV do artigo II. Se o fato que deu causa ao "impeachment" constitui, também, crime definido na lei penal, o acusado responderá criminalmente perante a jurisdição ordinária. Constituição americana, artigo I, Seção III, item 7.

II – O "impeachment" no Brasil republicano: a adoção do modelo americano na Constituição Federal de 1891, estabelecendo-se, entretanto, que os crimes de responsabilidade, motivadores do "impeachment", seriam definidos em lei, o que também deveria ocorrer relativamente à acusação, o processo e o julgamento. Sua limitação ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal. CF/1891, artigos 53, parág. único, 54, 33 e §§, 29, 52 e §§ 57, § 2º.

III – O "impeachment" na Constituição de 1988, no que concerne ao Presidente da República: autorizada pela Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (C.F., art. 51, I), ou admitida a acusação (C.F., art. 86), o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. (...) A lei estabelecerá as normas de processo e julgamento. C. F., art. 85, par. únic. Essas normas estão na Lei nº 1.079, de 1.950, que foi recepcionada, em grande parte pela CF/88 (MS nº 21.564-DF).

IV – O "impeachment" e o "due process of law": a aplicabilidade deste no processo de "impeachment", observadas as disposições específicas inscritas na Constituição e na lei e a natureza do processo, ou o cunho político do Juízo. C. F., art. 85, parág. Único. Lei nº 1.079, recepcionada, em grande parte, pela CF/88 (MS nº 21.564-DF)." (\_\_\_\_\_, "Mandado de Segurança nº 21623-9 Distrito Federal", Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor.asp?id=85565>. Acesso em 09 de abril de 2011)

<sup>48</sup> Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit., p.439.

Contudo, discorda-se do referido pensamento. Com Gabriel Luiz Ferreira, afirma-se que o constituinte não foi feliz “*especificando os crimes de responsabilidade, que seria melhor designar por uma fórmula genérica, abrangendo toda espécie de malversações, porque estas variam infinitamente de natureza e podem ser praticadas por um presidente de República, de tantas maneiras igualmente funestas à sociedade que qualquer especificação para o fim de serem punidas pecará por deficiente*”.<sup>49</sup>

O que não é levado em consideração pelo supramencionado posicionamento doutrinário e jurisprudencial, que ora se discorda, é que são infinitos os possíveis atos políticos que podem ser extremamente danosos sem implicarem, necessariamente, em crimes. E esses podem, por outro lado, ser crimes sem que percam o seu caráter político.

Acrescente-se, ainda, como bem alude Brossard, que “*a própria Constituição estatui no art. 89, caput que “são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal”. E só depois de haver traçado essa regra básica é que acrescenta: “e, especialmente, contra...”, seguindo-se oito itens exemplificadamente postos em relevo pelo constituinte, que incumbiu o legislador da tarefa de decompô-lo e enumerá-los. Mas ela mesma prescreveu que todo atentado, toda ofensa a uma prescrição sua, independente de especificação legal, constitui crime de responsabilidade*”.<sup>50</sup>

Pensa-se mais plausível a tese defendida por José Frederico Marques, seguida por Paulo Brossard, segundo a qual, os crimes de responsabilidade não são crimes, não são ilícitos penais. “*O crime de responsabilidade (...) embora assim chamado, infração penal não o é, pois só se qualificam como entidades delituosas os atos ilícitos de cuja prática decorra sanção criminal. E o crime de responsabilidade não acarreta sanção criminal, mas apenas a sanção política, taxativamente prevista na Constituição*”<sup>51</sup>. Não sendo crimes, portanto, os “crimes de responsabilidade”, seu julgamento não cabe às câmaras criminais, quiçá ao Judiciário, cabe ao órgão legislativo representativo da nação.

<sup>49</sup> FERREIRA, Gabriel Luiz, “Tese”, Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Congresso Jurídico Americano, v. II, Dissertações (Direito Público). Rio de JANEIRO, 1904, P. 239 E 232 APUD Brossard, Paulo, Op. Cit., p. 52.

<sup>50</sup> *Idem ibidem*, p. 54.

<sup>51</sup> MARQUES, José Frederico, “Observações e apontamentos sobre a Competência Originária do Supremo Tribunal Federal”, 1961, p. 44 apud *Idem ibidem*, p. 57.

Vale ressaltar, que a Lei 1.079 de 10 de abril de 1950, que dispõe sobre os “crimes de responsabilidade” e regula o respectivo processo de julgamento, repetiu no seu art. 4º o rol dos crimes previstos no art. 85, CRFB. Tomando como exemplo o tipo legal, previsto no seu inciso V, “*atentar contra a probidade na administração*”, embora no art. 9º<sup>52</sup> da referida Lei tenha especificado, exemplificativamente, sete condutas consideradas como ímprobas, são inúmeros os atos que podem ser considerados violadores da probidade administrativa. Dessa forma, sendo o referido tipo vago e abrangente, se considerarmos como um tipo criminal, a mencionada lei deveria ser considerada parcialmente inconstitucional por violar o Princípio da legalidade ou da reserva legal. Entretanto, a referida lei tem sido considerada recepcionada pela atual Constituição de 1988, inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras do criminalista Cezar Roberto Bitencourt, “*pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida*”.<sup>53</sup>

Complementa o referido autor, que segundo o princípio da legalidade não são admissíveis expressões vagas, equívocas ou ambíguas<sup>54</sup>. Assim, reitera-se: os “crimes de responsabilidade” não constituem ilícitos penais e a abrangência das condutas tipificadas significa liberdade de conformação do poder legislativo

<sup>52</sup> “Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;

2) não prestar ao Congresso Nacional, dentro de 60 (sessenta) dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;

3) não tomar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;

4) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;

5) infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais;

6) usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;

7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”. (\_\_\_\_\_, “Código Penal, Constituição Federal e Legislação Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2010, p. 366-367).

<sup>53</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, “Tratado de Direito Penal: Parte Geral”, Vol. 1, 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 11.

<sup>54</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p. 11.

por ocasião do referido julgamento. Logo, é assunto a ser abordado a luz do direito constitucional e não sob égide equivocada do direito penal.

De todo exposto, resta a confusão entre Responsabilidade Política e responsabilidade penal.

### **3.2. A DISTINÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POLÍTICA E RESPONSABILIDADE PENAL**

Os dirigentes políticos se submetem a uma dupla responsabilidade: Política e penal. Esta situação tem levado alguns a afirmar que não existe distinção entre as duas responsabilidades. Essa abordagem é denominada por Philippe Segur como "*lès thèses confusionnistes*", cujos alguns de seus defensores são B. Constant, M. Hauriou e R. Carré de Malberg.<sup>55</sup>

Benjamin Constant distingue atos privados dos atos praticados no exercício das funções, da mesma forma como separa atos ilícitos dos atos lícitos utilizados incorretamente. Para o autor, os atos ilícitos deveriam ser submetidos à égide do direito comum, enquanto a má utilização de um poder legal, em outras palavras, os erros, as negligências, o uso indevido da política, inserem-se no campo da responsabilidade ministerial. No entanto, contraditoriamente, em que pese sua natureza política, o autor propõe o seu exercício no âmbito do direito penal. Essa posição é justificada pela ausência, à época, do reconhecimento constitucional da Responsabilidade Política. Logo, o que se pretendeu foi inserir um controle sobre a atividade governamental. Constant acreditava que quando surgisse um controle verdadeiramente político, a responsabilidade penal dos ministros deveria ser submetida à responsabilidade de direito comum.<sup>56</sup>

Para Hauriou, a distinção tradicional entre as Responsabilidade Política e penal não se justifica. Ele dividiu as responsabilidades por meio de um critério orgânico. Dessa forma, os crimes realizados no exercício das funções possuem natureza política. No entanto, mesmo tendo natureza política eles podiam se submeter tanto à jurisdição da Alta Corte de Justiça quanto aos tribunais ordinários. Na verdade, os crimes corporativos seriam

<sup>55</sup> *Idem ibidem*, p. 24.

<sup>56</sup> SEGUR, Philippe, *Op. Cit.*, p. 1611.

de dois tipos: os que afetam os interesses da nação e são processados tanto perante a Alta Corte de Justiça e os cometidos contra um indivíduo e podem ser processados tanto perante a Alta Corte de Justiça quanto perante os tribunais comuns.<sup>57</sup>

Para Carré de Malberg, a Responsabilidade Política e a responsabilidade penal coincidem parcialmente. A responsabilidade penal também seria política quando submetida a um órgão julgador político e responsabilidade exclusivamente penal é aquela submetida a uma jurisdição. Cabe esclarecer, porém, que o autor escreveu durante o período da III República, quando a Constituição remetia os crimes políticos a uma Assembleia parlamentar, para julgar crimes e seus atores segundo visões políticas também, porque se tratavam de crimes graves que envolviam interesses políticos.<sup>58</sup>

Como visto, nenhuma das teses resolveu a difícil distinção entre a Responsabilidade Política e a responsabilidade penal.

Com Philippe Segur, afirma-se que a análise da distinção deve se concentrar em critérios estritamente jurídicos em que são relevantes o procedimento, a sanção e a natureza do ato.<sup>59</sup>

Dessa forma, a responsabilidade penal dos governantes está comprometida com o procedimento criminal que vigora nos tribunais criminais, no qual existe uma fase de acusação e uma fase de julgamento. Já a Responsabilidade Política possui um procedimento puramente político.

A sanção também é diferente. A sanção operada na Responsabilidade Política é uma sanção de desacordo político que culmina com a perda do poder em todo diferente da retribuição penal que tem finalidade de punir e de ressocializar.<sup>60</sup>

Quanto à natureza do ato, Philippe Segur remete à distinção operada por Benjamin Constant, segundo a qual dentre os atos praticados no exercício de funções governamentais, pode-se distinguir os atos ilegais processados criminalmente e os atos legais mal utilizados, os erros políticos, que se enquadram na Responsabilidade Política, condicionados ao princípio da

<sup>57</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p. 1612.

<sup>58</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p. 1613.

<sup>59</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p. 1614.

<sup>60</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p. 1614/1615.

solidariedade ministerial, indiferente a culpa e determinado pela análise de conveniência tanto para a sua constituição quanto para a sua avaliação.<sup>61</sup>

Nos termos descritos, portanto, a distinção entre Responsabilidade Política e responsabilidade penal é perfeitamente possível.

#### **4. CONCLUSÃO**

A confusão entre Responsabilidade Política e responsabilidade penal, como visto, é um fenômeno que ocorre em diversos Estados democráticos. Muitas vezes, ilícitos políticos são julgados por tribunais e por outras, crimes comuns são submetidos ao crivo das casas políticas, numa completa inversão da ordem constitucional.

Nesse ponto, a diferenciação trazida por Philippe Segur é em larga medida esclarecedora: tribunais devem julgar crimes, enquanto ilícitos políticos devem ser submetidos a julgamento político. Contudo, embora esclarecedora, essa diferenciação ainda deixa um ponto de dúvida que ocorre exatamente quando um mesmo ato implica em ilícito penal e má utilização do poder político.

Nesses casos, o juízo de reprovação política e penal ocorre ao mesmo tempo, submetendo a mesma situação a dois julgamentos diferentes: político e penal.

A dificuldade reside na inevitabilidade do órgão político, através de um procedimento político, inserido num julgamento político que objetiva decidir de forma discricionária sobre a conveniência do afastamento do governo, debruça-se sobre aspectos jurídicos. Bem como será inevitável que o procedimento criminal, que se baseia na legalidade estrita, realizado pelo poder judiciário que possui como dogma a proibição de controle dos atos políticos à exceção do controle de legalidade, recaia sobre as motivações e escolhas políticas. Há aqui uma tensão entre o político e o jurídico.

Porém, alertamos, essa tensão não permite o desvirtuamento dos referidos procedimentos. Infelizmente, essa tem sido exatamente a solução orquestrada pela maioria das democracias para fugir ao impasse.

<sup>61</sup> Cfr. *Idem ibidem*, p. 1615.

A solução encontrada, na realidade, para o conflito entre o político e o jurídico é o apagamento da Responsabilidade Política em prol da criminalização da política. Solução essa que não resolveu o impasse, pelo contrário, agravou e trouxe consigo práticas que violam e deturpam todo o sistema jurídico.

A criminalização da política contribui para o fenômeno de minimização dos parlamentos tão comuns nas democracias atuais. É certo que reviver a responsabilidade política passa necessariamente pelo reencontro do legislativo com sua função de controle político. A omissão parlamentar de cumprir sua função de controle cria o ambiente propício para usurpação dessa função pelo judiciário, bem como o seu deslocamento para a imprensa.

Não se pode olvidar, porém, que muitas vezes a omissão parlamentar em relação à função primordial de controle é resultado de uma escolha consciente dos esquemas partidários aliados a motivações de ordem técnica.

Nesse contexto, então, a arena política é deslocada do parlamento para os tribunais, levando junto à desconfiança dos julgamentos políticos e colocando sob suspeita a imparcialidade desse poder. Também não podemos olvidar que essa opção pode atender a fins corporativos, insulamento político e ser uma forma de calar os anseios populares.

Para os cidadãos fica o sentimento de impunidade e a sensação de que sua vontade não tem sido bem representada, mas quanto a isso haverá sempre o argumento de que embora o resultado não seja o esperado o julgamento se deu em conformidade com a legalidade e de forma imparcial.

Pode, ainda, ocorrer situação inversa, o judiciário pode se render à pressão dos meios de comunicação e das majorias políticas ocasionais, e proceder à condenação penal de agentes políticos quando esses não são culpados, mas tão somente responsáveis politicamente. Haverá sempre o peso da imparcialidade.

Para o governo resta a incerteza da autonomia das decisões políticas.

Ditas essas breves palavras, volta-se ao impasse: Como resolvê-lo?

No que diz respeito ao Judiciário, defende-se, que perante a inevitabilidade de se debruçar sobre questões políticas, essa deve ocorrer

dentro dos limites impostos pela teoria do tipo penal. Em outras palavras, o julgamento criminal passa necessariamente pela análise do dolo e da culpa. Dessa forma, o judiciário está autorizado a se enveredar pelo campo das escolhas políticas se for com único objetivo de apurar se houve a intenção de cometer a ação ou imprudência e negligência. Eis aí o seu limite. O juízo realizado pelo judiciário, por ocasião do julgamento de ilícito político-criminal, deve recair, no que diz respeito às escolhas políticas, tão somente sobre a análise se houve conduta consciente dirigida a um fim ou descuido e falta de prudência. Esse juízo não pode implicar em desvalor ou concordância da medida política escolhida.

Já quanto ao órgão político também será inevitável que sua apreciação passe por aspectos jurídicos, principalmente no que toca a veracidade do ato imputado ao mandatário político. Ocorre, porém, que o legislador não possui competência para condenar ou absolver quem quer que seja. Bem como a sua decisão não está atrelada à coisa julgada judicial, em outras palavras, seu juízo político sobre ilícitos político-criminais não guarda qualquer vinculação com a coisa julgada judicial. Isso porque, o julgamento político versa sobre a conveniência de se manter ou não um governante no poder.

Dessa forma, pode-se afirmar que a apreciação política do processo judicial e a apreciação jurídica do processo político, nos casos de ilícitos político-criminais, são tangenciais, incidentais.

A solução não é tão simplória. Não a é, porque (re)viver a Responsabilidade Política passa por uma nova leitura da separação de poderes que permita ao judiciário encontrar o seu lugar em relação ao poder político, ao parlamento o reencontro com seu papel principal de atuação política e ao governo a certeza de sua autonomia.

## **5. BIBLIOGRAFIA**

\_\_\_\_\_, "Constituição da República Federativa do Brasil", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2011.

\_\_\_\_\_, "Código Penal, Constituição Federal e Legislação Penal", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 15ª ed., 2010.

- \_\_\_\_\_, "Impeachment of Bill Clinton", Disponível em [http://em.wikipedia.org/wiki/Impeachment\\_of\\_Bill\\_Clinton](http://em.wikipedia.org/wiki/Impeachment_of_Bill_Clinton). Acesso em 09 de abril de 2011.
- BARROSO, Luís Roberto, "Aspectos do processo de impeachment, renúncia e exoneração de agente político. Tipicidade constitucional dos crimes de responsabilidade" in *Temas de Direito Constitucional*, São Paulo: Renovar, Tomo I, 2ª ed., 2006.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, "Tratado de Direito Penal: Parte Geral", Vol. 1, 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- BROSSARD, Paulo, "O impeachment: Aspectos da Responsabilidade Política do Presidente da República", São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, "Direito Constitucional e teoria da constituição", Almedina, 7. ed., 2010.
- CHRESTIA, Philippe, "Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société" in *Revue du Droit Public et la Science Politique em France et'a Etranger*, Paris Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, p. 741.
- LOMBA, Pedro, "Teoria da Responsabilidade Política", Coimbra, 2008.
- MIRANDA, Jorge, "Imunidades Constitucionais e crimes de responsabilidade" in *Direito e Justiça*, Universidades Católica Portuguesa: Faculdade de Direito, 2001.
- SEGUR, Philippe, "Qu'est ce que la responsabilité politique?" in *Revue Du Droit Public et la Science em France et'a Etranger*, Paris Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.
- SOARES, Humberto Ribeiro, "Impeachment: crimes de responsabilidade do Presidente da República", Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 1993.
- URBANO, Maria Benedita, "Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar"., in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa: Ordem dos Advogados. n. 27 (2003), p. 38.



Impressão e acabamento:  
**CPGRAF/SED**  
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 2282-8304 ♦ 2282-8530 ♦ 2282-8599 ♦ 2282-8465  
Fax: 2282-8449 ♦ [www.trf2.gov.br/emarf](http://www.trf2.gov.br/emarf)

